

## **BAB I**

### **A. PENDAHULUAN**

#### **1. Latar Belakang Masalah**

Beberapa pakar hukum mengungkapkan bahwa pada saat ini posisi hukum di Indonesia mengalami kemunduran. Hukum yang diharapkan dapat menjadi pendukung bagi perubahan masyarakat yang lebih baik, ternyata hanyalah berupa aturan-aturan kosong yang tak mampu menjawab persoalan dalam masyarakat. Hukum terkadang hanyalah menjadi legitimasi penguasa dalam menancapkan ketidakadilannya pada masyarakat. Singkatnya, ada rentang jarak yang cukup jauh antara hukum dalam cita-cita ideal konsep hukum dalam manifestasi undang-undang dengan realitas pelaksanaan hukum.

Unsur-unsur filosofis juga bisa mengandung subyektifitas, apalagi berhadapan dengan suatu fenomena yang cukup kompleks, seperti hukum. Oleh karena itulah muncul beberapa aliran atau madzhab dalam ilmu hukum sesuai sudut pandang yang dipakai oleh orang-orang yang bergabung dalam aliran-aliran tersebut. Dengan demikian, teori-teori dalam ilmu hukum yang sudah dikembangkan oleh masing-masing penganutnya akan memberikan kontribusi ke dalam pemikiran tentang cara memaknai hukum itu sendiri.

Lahirnya teori hukum ini sebenarnya diawali oleh berkembangnya pemikiran hukum Legisme yang berbentuk *in optima*

*forma*.<sup>1</sup> Perkembangan Teori hukum ini berkembang semenjak abad pertengahan dan berpengaruh terhadap semua lapisan Negara-negara yang ada di dunia, tidak terkecuali di Indonesia.<sup>2</sup> Positivisme Hukum ini untuk pertama kalinya dikukuhkan dalam bentuk rumusan yang sistematis dan konseptual oleh John Austin dalam *The Province of jurisprudence* (1832) melalui pernyataan atau klaim positif mengenai hukum bahwa :<sup>3</sup>

“hukum dalam tema yang paling generik dan menyeluruh diartikan sebagai aturan yang diterbitkan untuk memberi pedoman perilaku kepada seseorang manusia selaku makhluk intelegen dari seorang manusia lainnya (makhluk intelegen lain) yang di tangannya ada kekuasaan (otoritas) terhadap makhluk intelegen pertama itu”

Istilah positivisme pertama kali dipergunakan oleh Saint Simon (1760-1825) dari Prancis sebagai metode sekaligus merupakan perkembangan dalam aras pemikiran filsafat.<sup>4</sup> Sebagaimana dikutip Michael Curtis, Saint Simon menyatakan:<sup>5</sup>

*The founder of new christianity and leaders of the new church, should be those men who are most capable of contribution by their efforts to the improvement of the well-being of the forest class. The heads of the christian church*

<sup>1</sup> *In optima forma* adalah dalam bentuknya yang optional, ia dapat juga dinamakan “*Dokmatika Hukum*” Bahasa Jerman : “*Rechtsdogmatik Jurisprudenz*”. Untuk mengetahui lebih lanjut tentang ini baca D.H.M. Muuwissen, *Rechtswetenschap*, Koninkrijk der Nederlanden, 1982, Hal. 54

<sup>2</sup> Pada abad pertengahan ini dibagi menjadi 2 (dua) bagian yaitu Masa Gelap dan Masa Scholastik. Pada masa Gelap ditandai dengan adanya runtuhnya Kekaisaran Romawi akibat serangan bangsa lain yang dianggap terbelakang, yaitu suku Germania. Sedangkan Masa Scholastik ditandai dengan bermunculannya teori-teori hukum yang bercorak khusus, yakni ajaran Ketuhanan, yakni ajaran Kristen.

<sup>3</sup> L.B. Curson, *Jurisprudence*, Cet. 1, London : Cavendish Publishing, 1993, Hal. 93

<sup>4</sup> Andre Ata Ujan, *Filsafat Hukum: Membangun Hukum, Membela Keadilan*, Kanisius, Yogyakarta, 2009, hal. 64

<sup>5</sup> Aholiab Watloly, *Tanggung Jawab Pengetahuan Mempertimbangkan Epistemologi Secara Kultural*, Kanisius, Yogyakarta, 2001, hal. 81.

*should be chosen from the men who most capable of directing the undertakings aimed at increasing the welfare of the most numerous class; and the clergy should be concerned primarily with teaching to the well-being of the majority of the population.*

Positivisme lahir dalam sebuah perubahan besar yang tidak dapat dikendalikan, terutama di Prancis yang saat itu tengah menghadapi revolusi Borjuis yang menentang kekuasaan feodal, dominasi raja dan gereja yang dibangun pada masa sebelumnya mulai banyak dipersoalkan dan diruntuhkan dengan munculnya berbagai pemikiran yang membuktikan kekeliruan otoritas penafsiran gereja tentang alam semesta, hal ini lebih merupakan resistensi akibat keretakan hubungan gereja dengan umatnya, menyusul pembunuhan Galileo Galilei karena menentang *heliosentrisme* yang dianggap mewakili kebenaran *sceintivitas* gereja. Pada masa *renaissance* yang ditandai dengan penafsiran kembali filsafat lama yang bertumpu pada kajian-kajian spekulatif mengenai persoalan teologis, metafisika dan alam raya serta manusia, dan *aufklarung* yang dicirikan dengan *antroposentrisme* yang sistem pengetahuan baru yang bersifat ilmiah menggantikan kepercayaan dogmatis, liturgis, konfesional, mistis dan teosentrik, mulai ditinggalkan dan dipandang sudah kehabisan nafasnya untuk memandu manusia ke arah kemajuan munculah Ilmu-ilmu Alam yang lebih dapat memberikan jaminan kepastian dan dapat diprediksikan.

Pada tahun 1798 hingga 1857 teori ini juga dikembangkan oleh August Comte yakni seorang sarjana Perancis yang hidup pada jaman itu.<sup>6</sup> August Comte, menyatakan bahwa positivisme merupakan sebuah sikap ilmiah, yang menolak spekulasi-spekulasi *a priori* dan berusaha membangun dirinya pada data pengalaman. Untuk itu filsafat menurut mazhab ini adalah suatu sistem filsafat yang mengakui hanya fakta-fakta positif dan fenomena-fenomena yang dapat diobservasi. Comte berusaha mengembangkan fisika sosial yang akan melahirkan hukum sosial dan reorganisasi sosial, sesuai dengan sistem nilai Comte. Setelah mengetahui tujuan utama ilmu sosiologi, secara umum Auguste Comte mengajukan beberapa asumsi sebagai berikut:<sup>7</sup>

- 1) Alam Semesta diatur oleh hukum-hukum alam yang tak terlihat (*invisible natural*), sejalan dengan teori evolusi dan perkembangan alam pikiran atau nilai-nilai sosial yang dominan.
- 2) Proses evolusi berlangsung dalam tiga tahap: teologis, metafisis dan positivistik.
- 3) Seluruh ilmu pengetahuan sebagai ilmu sosial dalam pengertian yang luas.
- 4) Sistem sosial terbagi atas dua bagian, yaitu statika sosial, yang menyangkut sifat-sifat manusia, masyarakat dan hukum-hukum keberadaan manusia sebagai makhluk sosial dan dinamika sosial atau hukum-hukum perubahan sosial.

---

<sup>6</sup> Comte melihat satu hukum universal dalam semua ilmu pengetahuan yang kemudian ia sebut sebagai 'hukum tiga fase'. Melalui hukumnya ia mulai dikenal di seluruh wilayah berbahasa Inggris (*English-speaking world*); menurutnya, masyarakat berkembang melalui tiga fase: Teologi, Metafisika, dan tahap positif (atau sering juga disebut "tahap ilmiah"). Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum*, Gajah Mada University Press, 2009, Hal. 94

<sup>7</sup> Yesmil Anwar dan Adang, *Pengantar Sosiologi Hukum*, Gramedia, Jakarta, 2008. Hal. 25 dan 26

Pokok ajaran Comte yang terkenal adalah tanggapannya tentang perkembangan pengetahuan manusia, baik personal maupun kolektif serta umat manusia secara keseluruhan., meliputi tiga zaman: bagi Comte hukum perkembangan tiga zaman ini merupakan hukum yang tetap. Ketiga zaman ini masing-masing adalah zaman teologis, zaman metafisis dan positivitas:

- 1) Pada zaman teologis, manusia percaya di belakang gejala-gejala alam terdapat kuasa-kuasa adikodrati yang mengatur fungsi dan gejala-gejala gerak tersebut. Kuasa-kuasa ini dianggap sebagai makhluk yang memiliki kuasa dan kehendak seperti manusia, tetapi orang bahkan percaya mereka berada pada tingkatan yang lebih tinggi daripada makhluk-makhluk insani yang biasa. Zaman teologis itu sendiri dapat dibagikan lagi atas tiga periode. Pertama, Pada taraf paling primitif benda-benda sendiri dianggap berjiwa (Periode Animisme). Kedua, manusia percaya pada dewa-dewa yang masing-masing menguasai suatu lapangan tertentu: dewa laut, dewa halilintar, dewa dunia bawah dan sebagainya (Periode politeisme); dan, Ketiga, taraf yang lebih tinggi lagi manusia memandang hanya ada satu Allah sebagai penguasa segala sesuatu (Periode Monoteisme).<sup>8</sup>
- 2) Dalam zaman metafisis, kuasa-kuasa adikodrati diganti dengan konsep-konsep dan prinsip-prinsip abstrak seperti misalnya: “kodrat “dan :penyebab”. Metafisika dijunjung tinggi pada masa ini.<sup>9</sup>
- 3) Akhirnya dalam zaman positif sudah tidak lagi diusahakan untuk mencari penyebab-penyebab yang terdapat di belakang fakta-fakta. Dalam zaman tertinggi ini manusia membatasi pada fakta-fakta

---

<sup>8</sup> K. Bertens, *Ringkasan Sejarah Filsafat*, Yogyakarta: Kanisius, 1975. Hal. 73

<sup>9</sup> Ibid: K. Bertens: 1975. Hal. 73

yang disajikan kepadanya. Atas dasar observasi dan dengan rasionya ia mencoba menetapkan relasi-relasi persamaan atau urutan yang terdapat diantara fakta-fakta. Baru dalam zaman terakhir ini dihasilkan ilmu pengetahuan dalam arti sebenarnya.<sup>10</sup>

Positivisme dengan tesis dasarnya bahwa ilmu pengetahuan adalah satu-satunya pengetahuan ilmiah. Positivisme lalu menuntut bahwa filsafat pun harus mempunyai metode yang sama seperti digunakan dalam ilmu pengetahuan. Tugas pokok filsafat, demikian menurut positivisme, adalah menemukan prinsip umum bagi semua ilmu pengetahuan dan selanjutnya digunakan sebagai panduan perilaku manusia, sekaligus menjadi basis organisasi sosial. Untuk itu positivisme menolak semua bentuk pertanggungjawaban ilmiah yang melampaui batas fakta empiris dan hukum yang ditegaskan oleh ilmu pengetahuan.

Dengan tesis dasar itu, positivisme sesungguhnya muncul sebagai anak kandung dari empirisme; aliran pemikiran yang berkembang di Inggris yang kemudian menjadi basis filosofis bagi Francis Bacon untuk merumuskan cara kerja ilmu pengetahuan empiris. Akan tetapi secara kultural, positivisme muncul sebagai refleksi optimisme manusia yang didorong oleh kemajuan industri dan teknologi di Inggris yang merupakan buah dari kemajuan ilmu pengetahuan. Tekanan pada pengetahuan ilmiah ini muncul terutama sebagai reaksi terhadap rasionalisme dan idealisme yang berkembang di

---

<sup>10</sup> Ibid.

Jerman.<sup>11</sup> Menolak rasionalisme dan idealisme yang dipandang terlalu spekulatif, empirisme menekankan pentingnya pengalaman atau fakta empiris dalam pencarian dan pertanggungjawaban kebenaran ilmiah.

Pada perkembangan selanjutnya, positivisme yang digawangi Comte dan Spencer kemudian menjadi inspirasi dari munculnya aliran positivisme-yuridis. Aliran ini beranggapan, satu-satunya hukum yang diterima sebagai hukum adalah tata hukum, sebab hanya hukum inilah yang dapat dipastikan dan dipraktikkan. Aliran ini pada perkembangannya menolak tata hukum Negara yang berdasarkan kehidupan sosial (berbeda dari pendapat Comte).<sup>12</sup> Karena bila menyandarkan hukum pada kehidupan sosial atau struktur sosial, maka sama halnya dengan mengembalikan hukum pada sumber otoritas yang terdapat pada hukum kodrat. Seperti yang diungkapkan oleh Franz Magnis Suseno, mengatakan bahwa:

“...adanya hubungan hukum kodrat dan hukum positif yang saling berhubungan karena keabsahan sosial menempatkan hukum positif dalam kodrat manusia, artinya produk hukum positif hanya sah kalau sesuai dengan tuntunan-tuntunan dasar dan kecenderungan kodrati manusia. Berawal dari pendapat hukum kodrat bahwa manusia dibangun dengan berbagai struktur sosial, hal ini sejalan dengan kebutuhan masyarakat yang semakin kompleks, beserta kelemahan-kelemahan yang terjadi dalam hukum kodrat”.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Op.Cit. Andre Ata Ujan, *Filsafat Hukum: Membangun Hukum, Membela Keadilan*. Hal. 65

<sup>12</sup>Hydronimus Rhity, *Filsafat Hukum: Edisi Lengkap (Dari Klasik Sampai Postmoderen)*, Yogyakarta: Universitas Atmajaya Yogyakarta, 2011. Hal. 129.

<sup>13</sup> Franz Magnis Suseno, *Etika Politik, Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, Gramedia, Jakarta, 1987. Hal. 87-88

Tiga kelemahan mendasar hukum kodrat adalah kekaburan paham kodrat, dualism metodis dan masalah kepastian.<sup>14</sup> Dalam upaya mengantisipasi kelemahan tersebut, maka hukum positif (*yuridis-positivism*) mengambil peranan yang sangat penting, bahwa hukum positif sesungguhnya adalah pengalihan terhadap positivasi hukum kodrat terhadap manusia. Artinya dengan demikian hukum positif dapat mencerminkan dan mendasarkan hukum kodrat dalam tatanan hukum positif.

Aliran hukum positif juga dikenal sebagai aliran *legisme*. Aliran ini selalu mengidentikkan hukum dengan Undang-Undang, tidak ada hukum di luar Undang-Undang, satu-satunya sumber hukum adalah Undang-Undang. Pandangan-pandangan hukum positif ini dipertahankan oleh Paul Laband, Jellineck, Rudolf von Jherings, Hans Nawiasky, Hans Kelsen dan lain-lain.<sup>15</sup>

Tokoh yang dapat dikatakan paling berpengaruh dalam perkembangan aliran hukum positif adalah Hans Kelsen. Dasar-dasar pokok pikiran teori Hans Kelsen adalah sebagai berikut: *pertama*, tujuan teori tentang hukum, seperti juga setiap ilmu adalah untuk mengurangi kekalutan dan meningkatkan kesatuan (*unity*); *kedua*, teori

---

<sup>14</sup> Selain itu disebutkan kenapa dibutuhkan aliran hukum positif, diantaranya (1) kelemahan dalam system hukum kodrat, (2) tidak adanya definisi yang jelas mengenai hukum kodrat itu sendiri, (3) Kepastian hukum kodrat yang lemah, padahal masyarakat sipil membutuhkan kepastian, (4) Hukum kodrat tidak memberikan ketentuan praktis, dan (5) Ketaatan pada hukum kodrat lebih tergantung pada nurani individu. Untuk lebih memantapkan terhadap pengetahuan akan kelemahan-kelemahan yang dimiliki oleh Hukum Kodrat ini silakan baca : Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum, Civil Law, Common Law dan Hukum Islam*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004. Hal. 35-36

<sup>15</sup> Lily Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004, Hal. 56



hukum adalah ilmu, bukan kehendak, keinginan. Ia adalah pengetahuan tentang hukum yang ada bukan tentang hukum yang seharusnya ada; *ketiga*, ilmu hukum adalah normatif bukan ilmu alam, *keempat*, sebagai suatu teori tentang hukum adalah formal, suatu teori tentang cara pengaturan dari sisi yang berubah-ubah menurut jalan atau cara yang spesifik, dan *keenam*, hubungan antara teori hukum dengan suatu sistem hukum positif tertentu adalah seperti antara hukum yang mungkin dan hukum yang ada.<sup>16</sup>

Positivisme hukum berpandangan bahwa hukum itu harus dapat dilihat dalam ketentuan undang-undang, karena hanya dengan itulah ketentuan hukum itu dapat diverifikasi. Adapun yang di luar undang-undang tidak dapat dimasukkan sebagai hukum karena hal itu berada di luar hukum.<sup>17</sup> Hukum harus dipisahkan dengan moral, walaupun kalangan positivis mengakui bahwa fokus mengenai norma hukum sangat berkaitan dengan disiplin moral, teologi, sosiologi dan politik yang mempengaruhi perkembangan sistem hukum.<sup>18</sup> Moral hanya dapat diterima dalam sistem hukum apabila diakui dan disahkan oleh otoritas yang berkuasa dengan memberlakukannya sebagai hukum.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Victor Juzuf Sedubun, merupakan sebuah penelitian hukum dengan judul *Kajian Filsafat Hukum Tentang Pembentukan Peraturan Daerah*, Jurnal Sasi Vol.16. No.3 Bulan Juli - September 2010. Hal. 18-19

<sup>17</sup> Hans Kelsen. *Teori Hukum Murni, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif*. Nusa Media. Bandung. 2011. Hal. 5

<sup>18</sup> Ibid. Hans Kelsen: 2001. Hal. 5

<sup>19</sup> Ibid.

Seperti yang diungkapkan oleh Hans Kelsen tentang hukum dalam teori hukum “murni”nya (*The Pure Theory of Law*).<sup>20</sup> Hans Kelsen berpendapat tentang alasan sebab dari teori ini dikatakan teori hukum “murni” karena:

“.....hanya menjelaskan hukum dan berupaya membersihkan objek penjelasannya dari segala hal yang tidak bersangkutan paut dengan hukum. Yang menjadi tujuannya adalah membersihkan ilmu hukum dari unsur-unsur asing. Inilah landasan metodologis dari teori ini.”<sup>21</sup>

Pendekatan semacam ini nampaknya merupakan hal yang sudah selayaknya. Namun, dari tinjauan sekilas terhadap ilmu hukum tradisional yang berkembang dalam abad ke-19 dan ke-20 dapat diketahui dengan jelas betapa ia sudah begitu jauh dari dalil kemurniannya; secara tidak kritis ilmu hukum tekah dicampur-adukan dengan unsur-unsur psikologi, sosiologi, etika dan teori politik. Pencampur-adukan ini bisa dimengerti karena bidang yang terakhir ini membahas pokok persoalan yang berkaitan erat dengan hukum. Teori hukum murni berupaya membatasi pengertian hukum pada bidang-bidang tersebut, bukan lantaran ia mengabaikan atau memungkiri kaitannya, melainkan karena ia hendak menghindari pencampuradukan berbagai disiplin ilmu yang berlainan metodologinya (sinkretisme metodologi) yang mengaburkan esensi ilmu hukum dan meniadakan batas-batas yang ditetapkan padanya oleh sifat pokok bahasannya”.<sup>22</sup>

Hans Kelsen dalam teori hukum “murni” berupaya melakukan “purify” (pemurnian) dalam 3 hal, yaitu; *pertama*, Pemurnian terhadap

---

<sup>20</sup>Teori hukum murni (*Pure Theory of Law*) adalah teori hukum positif. Ia merupakan teori tentang hukum positif umum, bukan tentang tatanan hukum khusus. Ia merupakan teori hukum umum, bukan penafsiran tentang norma hukum nasional atau internasional tertentu; namun ia menyajikan teori penafsiran. Sebagai sebuah teori ia dimaksudkan untuk mengetahui dan menjelaskan tujuannya. Teori ini berupaya menjawab pertanyaan apa itu hukum dan bagaimana ia ada, bukan bagaimana ia semestinya ada. Ia merupakan ilmu hukum (yurisprudensi), bukan politik hukum. Hans Kelsen, 1967, *Pure Theory of Law*, Berkeley and Los Angeles California Cambridge: University of California Press, hlm. 1. Bandingkan dengan Hans Kelsen, 2010, *Teori Hukum Murni: Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif*, diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien, Bandung : Penerbit Nusa Media, Hal. 1.

<sup>21</sup> Hans Kelsen, *Teori Hukum Murni*....., 1967. Op.Cit. Hal. 2

<sup>22</sup> Ibid.

obyek teori hukum, adalah untuk Untuk menjamin pemurnian terhadap objek ilmu hukum berdasarkan *Pure Theory of Law*; *kedua*, Pemurnian tujuan dan ruang lingkup, dalam konteks ini Kelsen bermaksud memurnikan teori hukum dari elemen ideologi apa saja, yaitu dari pertimbangan nilai, dari penilaian politik, keagamaan, atau moral; dan *ketiga*, Pemurnian terhadap metodologi teori hukum, Dalam hal ini Kelsen berupaya untuk menghindari terjadinya sinkretisme metodologi, terutama sinkretisme metodologi antara sosiologi dengan teori hukum.<sup>23</sup>

Bangunan teori Kelsen atas penolakan yang dilakukannya terhadap perkembangan hukum didasarkan pada dua teori hukum *mainstream*, yaitu teori hukum alam yang tunduk pada batas-batas moral, dan teori empiris-positivis yang menganggap hukum sebagai bagian dari dunia fakta atau alam. Kemudian, Hans Kelsen berupaya membangun argumen untuk menunjukkan kelemahan/ kekurangan yang ada di dalam kedua teori hukum “tradisional”, sehingga memberi kemungkinan untuk menghadirkan sebuah teori sebagai alternatif ketiga atau jalan tengah di dalam teori hukum. *Pure Theory of Law* hadir dengan latar yang demikian. Oleh karena itu Kelsen melakukan penolakan terhadap --- apa yang oleh Stanley L Paulson diistilahkan

---

<sup>23</sup> Kelik Wardiono, *Pure Theory of Law : Sebuah jalan Tengah Diantara Mainstream Teori Hukum*, Disertasi Ilmu Hukum, disampaikan dalam Seminar Pascasarjana Fakultas Hukum, Universitas Muhammadiyah Surakarta. 2013

dengan tesis moralitas dan tesis keterpisahan,<sup>24</sup> dan sebagai gantinya mendasarkan pada (gabungan) antara apa yang oleh Stanley L Paulson disebut dengan tesis normativitas (tanpa tesis moralitas) dan tesis keterpisahan (tanpa tesis reduktif).

Dalam buku *Pure Theory of Law* Kelsen menyatakan, bahwa hukum sebagai objek dari ilmu hukum, tidak hanya berupa norma hukum saja, akan tetapi juga meliputi perilaku manusia yang ditentukan oleh norma hukum, yaitu perilaku manusia yang terkandung dalam norma hukum. Objek ilmu hukum adalah hubungan manusia yang terkandung dalam (diatur oleh) norma hukum. Ilmu hukum berupaya memahami objeknya “secara hukum”, yakni dari sudut pandang hukum. Memahami sesuat secara hukum berarti memahami sesuatu sebagai hukum, yaitu sebagai norma hukum atau sebagai muatan dari norma hukum atau memahami sesuatu sebagaimana yang ditetapkan oleh norma hukum.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup>Tesis moralitas adalah pemikiran yang mengungkapkan ide bahwa sifat hukum akhirnya dijelaskan dengan istilah-istilah moral. Ketidakterpisahan hukum dan moral. Sedangkan Tesis keterpisahan, meskipun menganggap memang ada hubungan antara hukum dan moralitas, tesis ini menolak bahwa hubungan tersebut bersifat konseptual atau karakternya disangka benar. Keabsahan hukum tidak tergantung pada kecocokan antara ketentuan tersebut dengan aturan-aturan moral yang menolaknya, akan tetapi keabsahannya tergantung pada terpenuhinya kondisi yang berhubungan pada proses pembuatan hukum tersebut. jadi adanya sifat hukum yang dijelaskan dengan istilah-istilah moral adalah tanpa dasar. Stanley L. Paulson, Ibid. Hal. 318-319. Bandingkan dengan Stanley L Paulson, 2010, *Kedudukan Hans Kelsen dalam Yurisprudensi*, Kata pangantar dalam buku Hans Kelsen *Intoroduction to The Problem of Legal Theory*, diterjemhakan oleh Siwi Purwandari, Cet. Ke-III, *Pengantar Teori Hukum*, Bandung : Penerbut Nusa Media, Hal. 8-9, dalam Kelik Wardiono, *Pure Theory of Law : Sebuah jalan Tengah Diantara Mainstream Teori Hukum*, Disertasi Ilmu Hukum, disampaikan dalam Seminar Pascasarjana Fakultas Hukum, Universitas Muhammadiyah Surakarta. 2013 .

<sup>25</sup>Hans Kelsen, 1967, *Pure Theory of Law* . . . , Op.Cit. Hal 70.

Norma-norma<sup>26</sup> yang memiliki karakter norma hukum dan yang menjadikan perbuatan tertentu bersifat legal atau illegal, merupakan objek dari ilmu hukum. Tatahan hukum yang menjadi objek dari pengetahuan ini merupakan tatanan perilaku manusia (mengatur perilaku manusia).

Kelsen dalam teori ini mengkonsentrasikan pada hukum saja dan menginginkan lepas dengan ilmu pengetahuan yang lainnya, dengan atas dasar bahwa ilmu hukum berdiri sendiri dan merupakan *sui generis*.<sup>27</sup> Kelsen ingin memisahkan pengertian hukum dari segala unsur yang berperan dalam pembentukan hukum seperti unsur-unsur psikologi, sosiologi, sejarah, politik, bahkan juga etika dan moral.

Sehubungan dengan masalah etika dan moralitas, Hans Kelsen berpendapat bahwa terdapat hubungan dengan manusia, baik dalam bidang etika yang mengatur kehidupan manusia dalam kehidupan sehari-hari, maupun bidang estetika yang berhubungan dengan persoalan keindahan, bahkan nilai masuk ketika manusia memahami agama dan keyakinan beragama. Untuk mempertimbangkan dan mengembangkan keyakinan diri dan aturan masyarakatnya dibutuhkan

---

<sup>26</sup>Norma oleh Hans kelsen dimaksudkan sebagai sesuatu yang *seharusnya* ada atau *seharusnya* terjadi, khususnya bahwa manusia *seharusnya* berperilaku dengan cara tertentu. Kata *seharusnya* digunakan untuk mengungkapkan makna normatif dari suatu tindakan yang diarahkan pada perilaku orang lain, yang dapat berarti: memerintahkan, mengizinkan atau menguasai perilaku tertentu. Hans Kelsen, 1996, *Introduction to the Problem o Legal Theory*, Oxford : Clarendon Press, Hlm. 43.

<sup>27</sup> Dikatakan *sui generis* dikarenakan Ilmu Hukum adalah merupakan ilmu jenis sendiri, dikatakan jenis sendiri dikarenakan ilmu hukum dengan kualitas ilmiah sulit dikelompokkan dalam salah satu cabang pohon ilmu. Untuk mengetahui lebih lanjut masalah ini, sialakan baca Philipus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, *Argumentasi Hukum*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2005. Hal. 1-3

pemahaman dan perenungan yang mendalam tentang mana yang sejatinya dikatakan baik, mana yang benar-benar buruk.<sup>28</sup> Sedangkan masalah hukum sebagai ilmu adalah masalah tehnik sosial, yang memiliki tujuan mendorong manusia dengan tehnik tertentu agar bertindak dengan cara yang ditentukan oleh aturan hukum.

Hukum sebagai sebuah ilmu atau tehnik sosial yang bebas nilai sama halnya apabila kita dihadapkan pada sebuah pernyataan “tata aturan masyarakat tertentu yang memiliki karakter hukum adalah suatu tata hukum”. Pernyataan tersebut tidak memiliki implikasi penilaian moral bahwa tata aturan tersebut baik atau adil, karena hukum dan keadilan adalah dua konsep berbeda.<sup>29</sup>

Perbedaan antara hukum dan moral, menurut Hans Kelsen bukanlah persoalan tentang isi hukum, melainkan tentang bentuknya. Hal ini terutama disebabkan, karena bagi Kelsen, tatanan moral yang absolut (dan dengan demikian juga nilai-nilai yang bersifat absolut), hanya bisa diterima berdasarkan keyakinan religius dalam otoritas absolut dan transenden ketuhanan, dan harus ditolak berdasarkan sudut pandang ilmiah, karena tatanan moral absolut tersebut, akan meniadakan kemungkinan pemberlakuan tatanan moral lainnya, yang

---

<sup>28</sup> Loc. Cit. Hans Kelsen. *Teori Hukum Murni, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif*. Nusa Media. Bandung, 2011. Hal. 68. Cetakan kedelapan.

<sup>29</sup> Cara berfikir dan rasio hukum ini oleh Zoran Jelic disebut berdasarkan pada prinsip *Forma dat esse rei*, yaitu pendapat bahwa masalah dapat dilihat lebih nyata jika dibangun secara lebih formal. Hal ini berarti cara berfikir yang tidak secara langsung berhubungan dengan manusia, hak dan kebebasan manusia, Negara, masyarakat, kolektivitas atau demokrasi. Konsepsi ini terwujud dalam strukturalisme khususnya Mihel Faoucault dan Claude Levi-Strauss. Dalam buku Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Jakarta: Konstitusi Press, 2012. Hal. 15

sesungguhnya ada dan berlaku secara empiris. Dalam keadaan yang demikian norma hukum sebagai salah satu tatanan sosial, pada dasarnya telah kehilangan eksistensinya.

Hukum hanya akan bermakna bila memuat nilai-nilai moral yang bersifat umum, yang akan diberlakukan bagi semua sistem moral yang mungkin ada. Hanya saja menurut Kelsen selama ini tidak dapat dijumpai adanya unsur yang bersifat umum, yang dapat menjadi isi dari seluruh tatanan moral yang ada,<sup>30</sup> karena sebuah nilai yang merupakan cita-cita tertinggi dalam sebuah sistem moral, bisa jadi sama sekali bukan merupakan nilai dalam beberapa sistem moral yang lain. Kalau pun kemudian dapat terlacak adanya sebuah elemen yang lazim ada pada semua sistem moral yang selama ini berlaku, tidak akan cukup alasan untuk menganggap tatanan pemaksa yang tidak memiliki elemen ini sebagai sesuatu yang bukan “moral” atau “tidak adil”, dan bukan hukum. Selama ini, di masyarakat terdapat tatanan pemaksa yang memerintahkan suatu perilaku, yang justru oleh masyarakat tidak dianggap baik atau adil, atau melarang suatu perilaku, yang oleh masyarakat dianggap jahat dan tidak adil.

Setiap sistem yang bersifat “seharusnya” pada dasarnya dapat diklasifikasikan sebagai sebuah sistem moral (yang bersifat “seharusnya”/ perintah), yang memiliki karakter normatif. Dengan

---

<sup>30</sup>Sebagaimana dicontohkan oleh Kelsen, menurut Heraclitus, perang merupakan raja, yakni otoritas pencipta norma tertinggi, nilai tertinggi dan kebajikan, bahwa yang benar adalah berperang, dan karenanya berperang adalah adil. Demikian pula Yesus, yang menurut Kelsen menyatakan: kedamaian bukanlah nilai tertinggi, minimal tidak untuk tatanan moral di dunia ini. Lihat Hans Kelsen, 1967, *Pure Theory of Law* . . . , Op.Cit. Hal. 64.

demikian, apa yang diperintahkan oleh tatanan pemaksa tersebut dapat dianggap baik dan adil, dan apa yang dilarang adalah kejahatan dan ketidakadilan. Oleh karena itulah, apa yang baik secara moral bukanlah apa yang termasuk dalam nilai moral *a-priori*, yang bersifat absolut, akan tetapi adalah yang sesuai dengan norma sosial yang menetapkan perilaku manusia tertentu; apa yang jahat secara moral, adalah apa yang bertentangan dengan norma tersebut. Nilai moral relatif, diwujudkan oleh norma sosial yang menyatakan bahwa manusia harus berperilaku dengan cara tertentu.<sup>31</sup>

Dengan demikian ungkapan yang menyatakan bahwa “hukum pada dasarnya adalah moral”, tidak berarti bahwa hukum memiliki isi tertentu, tetapi bahwa hukum sendiri adalah “moral”, yakni sebuah norma sosial yang menyatakan bahwa manusia harus berperilaku dengan cara tertentu. Karenanya dalam pengertian relatif ini, setiap hukum adalah moral; setiap hukum merupakan nilai moral relatif. Maka itu berarti hubungan antara hukum dan moral bukanlah persoalan tentang isi hukum, melainkan tentang bentuknya.

Norma hukum sebagai sebuah sistem moral (perintah), tidaklah dimaksudkan untuk mewujudkan/ merealisasikan nilai moral tertentu, akan tetapi ia mewujudkan nilai hukum, yang kemudian harus dipandang sebagai nilai moral (relatif). Inilah makna bahwa hukum adalah norma (yang berbeda dengan moral). Dalam konteks yang

---

<sup>31</sup> Loc.Cit. Hans Kelsen, 1967, *Pure Theory of Law*..... Hal. 65-66



demikian, teori yang menyatakan bahwa hukum pada dasarnya merupakan taraf minimum moral, bahwa sebuah tatanan pemaksa, agar bisa dianggap hukum, harus memenuhi dalil moral minimum, tidak bisa diterima. Karena, mengasumsikan keberadaan dalil ini sama dengan mengandaikan adanya moralitas absolut (norma hukum yang ditentukan oleh isinya) atau minimal isi itu yang lazim dijumpai pada pada semua sistem moral positif.

Adanya tuntutan untuk memisahkan hukum dengan moral pada umumnya dan hukum dengan keadilan pada khususnya, mengandung arti bahwa keabsahan tatanan hukum positif tidak tergantung pada tatanan moral yang berlaku mutlak. Pengertian bahwa hukum merupakan moral (yakni harus adil), hanya berarti bahwa pembuatan hukum positif sesuai dengan satu sistem moral khusus diantara sistem yang mungkin ada.

Adanya kebutuhan untuk “memisahkan hukum dan moral”,<sup>32</sup> tidaklah berarti bahwa konsep hukum berada diluar konsep tentang “baik”. Sesuatu yang baik, berdasarkan pemahaman hukum sebagai norma, adalah apa yang tidak melanggar hukum.

---

<sup>32</sup> Aliran positivisme hukum mempunyai tesis *separasi* yang di dalamnya terkandung pemisahan antara hukum dan moralitas, maka hukum yang tidak adil sekalipun tetaplah hukum. Validitas hukum tidak bergantung pada moralitas tetapi bergantung pada apakah hukum tersebut ditetapkan sesuai dengan prosedur yang berlaku atau tidak. Pertanyaannya, apakah terhadap hukum yang tidak adil manusia tetap mempunyai kewajiban moral untuk mematuhi hukum tersebut seperti yang ditunjukkan oleh Sokrates? Bagi penganut positivisme hukum, jawabannya tidak. Manusia justru harus mempunyai resistensi moral terhadap hukum yang tidak adil. Banyu Perwitasari, *Relasi antara Hukum dan Moralitas: Dalam Debat antara Hart dan Dworkin*, <http://banyuperwitasari.blogspot.com/2013/01/relasi-antara-hukum-dan-moralitas-dalam.html>, diunduh Tgl 12 Januari 2014

Dalil yang dibuat berdasarkan pengandaian tentang nilai relativistik,<sup>33</sup> untuk memisahkan hukum dengan moral, dan hukum dengan keadilan, hanya memiliki makna sebagai berikut: (a) jika sebuah tatanan hukum dinilai bermoral atau imoral, adil atau tidak adil, maka penilaian ini mengungkapkan hubungan antara tatanan hukum dengan salah satu dari banyak sistem moral “yang mungkin ada”, namun tidak dengan sistem moral “yang sebenarnya”, dan karena itu hanya merupakan pertimbangan nilai yang relatif, bukannya absolut; dan (b) validitas sebuah tatanan hukum positif tidak bergantung pada kesesuaiannya dengan beberapa sistem moral.

Dengan adanya substansi “moral relatif” dalam tatanan hukum positif, maka moral tidak bisa menyediakan standar mutlak untuk mengevaluasi tatanan hukum positif. Pembenaan hukum positif melalui moral hanya dimungkinkan jika terdapat perbedaan antara norma moral dan norma hukum, sehingga akan terdapat hukum yang baik secara moral dan buruk secara moral. Jika tatanan moral mengharuskan dipatuhinya dalam keadaan apa pun, norma-norma yang diberlakukan oleh otoritas hukum dan meniadakan ketidakcocokan antar moral dengan hukum positif, maka tidaklah mungkin melegitimasi hukum positif dengan tatanan moral, karena dengan substansi yang berasal dari sumber yang sama (yaitu moralitas absolut/ mutlak), maka hanya akan terbentuk norma hukum dengan 1 substansi yang sama,

---

<sup>33</sup> Menurut Hans Kelsen, Teori nilai relativistik, lebih bermakna bahwa nilai adalah relatif, bukan mutlak. Bahwa nilai-nilai yang ditetapkan oleh tindak penciptaan norma, tidak bisa menjadi dasar untuk menolak kemungkinan keberadaan nilai-nilai yang sebaliknya.

sehingga tidak akan perbedaan antara norma hukum adil dan tidak adil, baik dan tidak baik.

Dalil untuk membedakan hukum dan moral, ilmu hukum dan etika, menurut Hans Kelsen memiliki makna: dari sudut pandang pemahaman ilmiah tentang hukum positif, pembedanya menggunakan tatanan moral yang berbeda dari tatanan hukum, tidaklah relevan, karena tugas ilmu hukum bukanlah untuk menyetujui atau tidak menyetujui subyeknya, melainkan mengetahui dan menjelaskannya. Norma hukum sebagai norma yang menetapkan tentang apa yang seharusnya, merupakan nilai-nilai, namun fungsi dari ilmu hukum bukanlah untuk mengevaluasi subyeknya, melainkan menjelaskan secara netral. Ilmuan hukum tidak mengidentikan dengan nilai apa pun.

Hans Kelsen dalam teori hukumnya *the Pure Theory of Law* memiliki persamaan mendasar tentang hukum dengan apa yang diungkapkan oleh H.L.A Hart yang ingin berusaha menjawab pertanyaan tentang “apa hukum itu?” tetapi bukan pertanyaan “apa hukum itu seharusnya”. Kongkritnya dalam perspektif Hart mengenai pertanyaan “hakikat hukum” di atas adalah tentang bagaimana hukum dan kewajiban hukum berbeda dari, dan bagaimana kaitannya dengan perintah-perintah yang ditopang oleh ancaman.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> H.L.A. Hart, *Konsep Hukum*, Bandung: Nusamedia-Studio, 2010. Edisi Ke-2. Hal. 10. Diterjemahkan oleh M. Khozim dari karya H.L.A Hart, *The Concept of Law*, New York: Clarendon Press-Oxford, 1977.

Teori ini mengkonsentrasikan pada hukum saja dan menginginkan lepas dengan ilmu pengetahuan yang lainnya, karena seringkali teori-teori yang menciptakan pembauran (*asimilasi*) yang erat antara hukum dengan moralitas pada akhirnya seringkali mengabaikan perilaku yang dikatakan wajib (*obligatoris*) dengan perilaku yang lain tanpa memberikan batasan tegas antara peraturan hukum dan peraturan moral. Tentunya dengan kesadaran mendasar bahwa ilmu hukum berdiri sendiri, walaupun isi hukum itu sendiri tidak terbebas dari unsur politik, psikis, sosial budaya dan lain-lain.

H.L.A Hart mengungkapkan, terdapat pemisahan antara hukum dan moralitas, namun pemisahan yang tidak ekstrim karena moralitas harus menjadi syarat minimum dari hukum. Hal ini disebabkan karena dua faktor:<sup>35</sup>

- a) Manusia memiliki keterbatasan berbuat baik pada orang lain: dan
- b) Hukum memiliki keterbatasan dalam mengatur perkembangan masyarakat.

Hart menambahkan, pemikiran hukum erat kaitannya dengan moral merupakan cara berpikir dalam aliran hukum alam. Dalam aliran hukum positif, hukum dan moral sama sekali tidak ada kaitannya. Hal

---

<sup>35</sup> Bernard L. Tanya, Makalah “*Pengembangan Epistemologi Ilmu Hukum*”, disampaikan dalam seminar Nasional yang bekerjasama dengan Asosiasi Filsafat Hukum Indonesia (AFHI) dan Program Doktor (S3) Ilmu Hukum (AFHI) Sekolah Pascasarjana Universitas Muhammadiyah Surakarta, Surakarta April 2015.

ini dapat diamati dengan ciri-ciri pengertian positivisme hukum sebagaimana yang dikemukakan oleh H.L.A Hart antara lain:<sup>36</sup>

- 1) Hukum adalah perintah dari manusia (*command of human being*);
- 2) Tidak ada hubungan mutlak antara “Hukum/ *law*” dan “Moral” sebagaimana yang berlaku/ ada dan hukum yang seharusnya;
- 3) Pengertian bahwa analisis konsepsi hukum, pertama; mempunyai arti penting, kedua; harus dibedakan dari penyelidikan seperti a) Historis mengenai sebab musabab dan sumber-sumber hukum; b) Sosiologis mengenai hubungan hukum dengan gejala sosial lainnya; c) Penyelidikan hukum secara kritis atau penilaian, baik yang didasarkan moral, tujuan sosial, dan fungsi hukum;
- 4) Sistem hukum adalah sistem yang logis, tetap dan bersifat tertutup dalam mana keputusan-keputusan hukum yang benar/ tepat biasanya dapat diperoleh dengan alat-alat logika dari peraturan-peraturan hukum yang telah ditentukan sebelumnya tanpa memperhatikan tujuan sosial, politik, dan ukuran-ukuran moral.

Pengertian bahwa pertimbangan-pertimbangan moral tidak dapat dibuat atau dipertahankan sebagai pernyataan kenyataan yang harus dibuktikan dengan argumentasi-argumentasi rasional, pembuktian atau percobaan. Walaupun kemudian Hart menyadari keterbatasan dalam ukum positif karena “dianggap” selalu tertinggal di belakang kejadian. Oleh sebab itu, maka diberikanlah ruang bagi moral sebagai landasan yang harus dimiliki oleh pelaksana hukum/subjek hukum berupa “kewajiban moral” untuk mengambil tindakan-tindakan hukum.

---

<sup>36</sup><http://ninetyninezert.clarendonpress.com/2012/11/28/positivisme-hukum-h-l-a-hart/> diakses pada Tgl. 27 Desember 2013

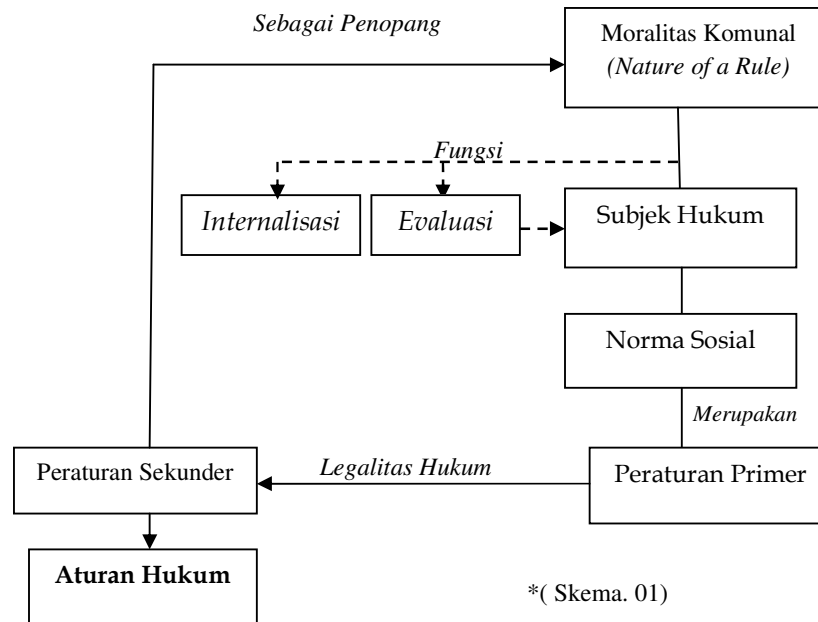
Pertanyaan diatas sama halnya, jika ada pertanyaan, “Apakah terhadap hukum yang tidak adil manusia tetap mempunyai kewajiban moral untuk mematuhi hukum tersebut seperti yang ditunjukkan oleh Sokrates dua ribu tahun yang lalu?”<sup>37</sup> Bagi penganut positivisme hukum, jawabannya tidak. Manusia justru harus mempunyai resistensi moral terhadap hukum yang tidak adil. Menurut Hart, penilaian moral ada pada tataran individual dan dengannya manusia bisa menentukan apakah hukum yang berlaku adil atau tidak. Jika tidak, maka manusia tidak mempunyai kewajiban untuk mematuhi dan kalau perlu melawan terhadap hukum yang tidak adil tersebut. Jadi, meski memiliki perbedaan pandangan mengenai relasi antara hukum dan moralitas, baik teori hukum kodrat maupun positivisme hukum tidak sependapat dengan Sokrates. Bagi keduanya Sokrates tidak memiliki kewajiban moral untuk mematuhi hukum yang tidak adil.

Hubungan hukum dan moralitas sosial atau komunal dapat dilihat seperti digambarkan dalam skema. 01 di bawah ini:

---

<sup>37</sup> Ibid. Dua ribu lima ratus tahun yang lalu, kawan-kawan Sokrates yang sangat peduli nasib Sokrates mencoba rencana pelariannya dari tahanan. Sokrates waktu itu dituduh meracuni pikiran anak muda dan melanggar kepercayaan yang dianut masyarakat. Sebenarnya, dibalik dua tuduhan tersebut ada alasan politik dalam tuduhan terhadap Sokrates. Rezim demokrasi memerintah Athena waktu itu. Bagi rezim yang berkuasa, Sokrates dituduh punya hubungan yang dekat dengan rezim yang sebelumnya berkuasa di Athena. Sokrates, meski tahu bahwa hukum Atena sudah tidak adil terhadapnya, tidak memenuhi permintaan rekan-rekannya untuk melarikan diri. Ia tetap patuh terhadap hukum Athena dan menerima sanksi untuk meminimum racun. Baginya lebih baik menderita ketidakadilan daripada berbuat tidak adil. Op. Cit. Banyu Perwitasari, *Relasi antara Hukum dan Moralitas: Dalam Debat antara Hart*.

### Skema. 01. Hubungan Hukum dan Moralitas Sosial



Hart menempatkan moralitas sebagai syarat “minimum hukum”, dengan coba mengatasi kekakuan yang ada dalam *legal positivism* klasik Austin, di mana hukum ditempatkan sebagai institusi kedap moral. Namun, dalam beberapa kesempatan Hart dan Austin memiliki titik kesepakatan, terutama tentang keterpisahan antara hukum dan moralitas, tetapi menolak ketertutupan mutlak terhadap moral.<sup>38</sup>

Hubungan hukum dan moralitas menurut Hart, pada kenyataannya; 1) hukum mewujudkan cita-cita moral, 2) moralitas dan hukum memiliki hubungan independen, 3) hukum harus mewujudkan

<sup>38</sup> Hart menggambarkan hubungan hukum dan moralitas dalam beberapa aspek. *Pertama*, meskipun hukum dan moralitas itu berbeda, tetapi dalam beberapa hal penting memiliki kesamaan, misalnya: memiliki isi yang sama dan *Kedua*, hukum dan moralitas memiliki hubungan penting bukan mutlak, meskipun kemutlakan itu artinya kemutlakan alamiah (*natural necessity*) bukan kemutlakan logis. Petrus CKL Bello, *Hukum dan Moralitas; Tinjauan Filsafat Hukum*, Jakarta: Erlangga. Hal. 3-5, dalam Bernard L Tanya dan Yovita A Mangesti, *Moralitas Hukum*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2014. Hal. 33.

cita-cita moral, 4) nilai-nilai moral mempengaruhi hukum, 5) hukum secara definisi mewujudkan moral, dan 6) dari fakta tentang hakikat manusia dan dunia di mana mereka hidup, aturan moralitas memiliki sisi minimum yang sama. Sistem hukum bagi Hart adalah system aturan social.<sup>39</sup>

H.L.A Hart dalam karyanya *“The Concept of Law”* (1988). Hart menjelaskan bahwa pertama-tama hukum harus dipahami sebagai sistem peraturan.<sup>40</sup> Melihat dari pernyataan Hart bahwa pertama-tama hukum harus dipahami sebagai suatu sistem peraturan, ia membagi dua dalam konsep hukumnya tentang peraturan itu, yaitu:<sup>41</sup>

#### 1) Peraturan Primer

Peraturan primer terdiri dari standar-standar bagi tingkah laku yang membebaskan berbagai kewajiban. Peraturan-peraturan primer menentukan kelakuan-kelakuan subjek-subjek hukum, dengan menyatakan apa yang harus dilakukan, apa yang dilarang. Aturan yang masuk dalam jenis ini muncul sebagai akibat dari kebutuhan masyarakat itu sendiri. Adapun kekuatan mengikat dari berbagai aturan jenis ini didasarkan dari penerimaan masyarakat secara mayoritas.

---

<sup>39</sup> Op. Cit. Petrus CKL Bello dalam Bernard L Tanya dan Yovita A Mangesti, 2014. Hal. 4-5

<sup>40</sup> <http://ninety-nine-zert.clarendonpress.com/2012/11/28/positivisme-hukum-h-l-a-hart/> , diakses Tgl. 27 Des 2013

<sup>41</sup> Ibid.



## 2) Peraturan Sekunder

Aturan-aturan sekunder adalah sekelompok aturan yang memberikan kekuasaan untuk mengatur penerapan aturan-aturan hukum yang tergolong kedalam kelompok yang sebelumnya (aturan-aturan primer). Aturan-aturan yang dapat digolongkan kedalam kelompok ini adalah aturan yang memuat prosedur bagi pengadopsian dan penerapan hukum primer. Berisi pemastian syarat-syarat bagi pelakunya kaidah-kaidah primer dan dengan demikian menampakkan sifat yuridis kaidah-kaidah itu. Dan di dalam peraturan sekunder dibagi menjadi 3 (tiga), yaitu;<sup>42</sup> a) Peraturan Pengakuan, b) Peraturan Perubahan, dan c) Peraturan Penilaian.

Peraturan-peraturan primer menentukan kelakuan-kelakuan subjek-subjek hukum dalam perspektif Hart seperti yang telah dijelaskan dalam *The Concept of Law* adalah pihak yang harus terinternalisasi prinsip-prinsip moral. Karena Hart beranggapan bahwa moral sebagai “*nature of a rule*”, seterusnya menjadi aspek internal<sup>43</sup> dari suatu ketentuan, seperti yang dikatakannya bahwa suatu hukum

---

<sup>42</sup>“ .....peraturan pengakuan, peraturan pengakuan adalah peraturan yang berfungsi mengatasi problem ketidak pastian peraturan primer; peraturan perubaha, peraturan perubahan adalah peraturan yang berfungsi untuk mengatasi masalah berkaitan dengan siat status peraturan primer; dan peraturan penilaian dan penyelesaian konflik, peraturan ini menetapkan mekanisme untuk mengatasi problem inefiensi dalam peraturan primer. Ibid, <http://ninety-nine-zert.wordpress.com/2012/11/28/positivisme-hukum-h-l-a-hart/> , diakses Tgl. 27 Des 2013

<sup>43</sup> .....“hukum harus mengandung aspek internal yang terdiri dari moral dan ketentuan sosial.” Konsep hukum Hart ini telah menyita perhatian para ahli hukum dan mereka berusaha memahaminya, bahkan membuat komentar, di antaranya komentar Howard Davies dan David Holdcroft di dalam “Jurisprudence: Texts and Commentary” (1991), yang paling menarik untuk dikaji dalam konsep hukum Hart adalah mengenai moral yang terkandung dalam hukum. Loc. Cit; H.L.A. Hart, *Konsep Hukum*, ..... Hal. 28

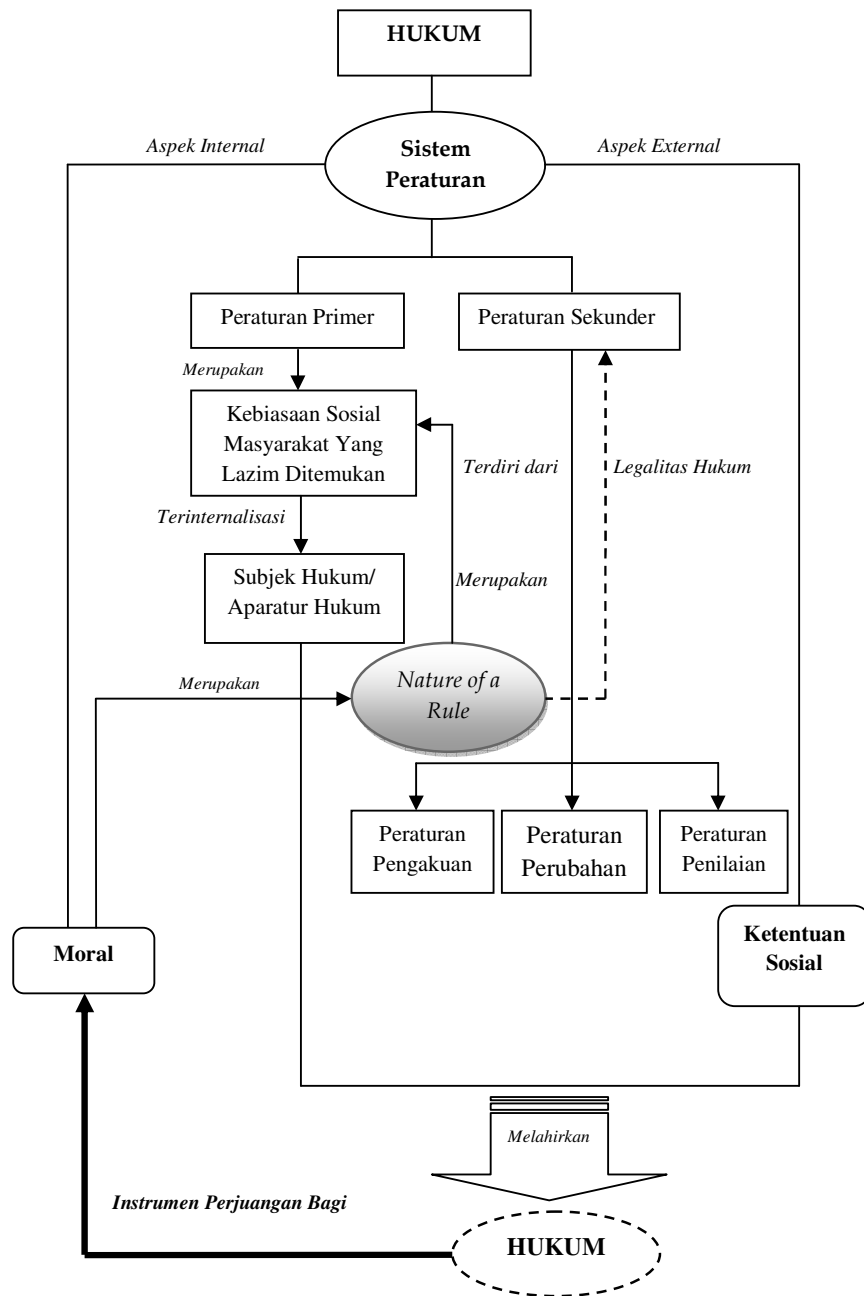
harus mengandung unsur eksternal dan internal, aspek internalnya adalah moral dan ketentuan sosial.<sup>44</sup> Peraturan primer ini kurang lebih sama dengan sopan santun atau etiket. Hart menyebutnya demikian karena peraturan ini berfungsi sebagai prinsip pokok yang menjadi panduan perilaku manusia.

Cara internalisasi prinsip-prinsip moral dalam hukum dapat dilakukan pada saat pembuatan hukum. Di sini hukum diberikan masukan, seperti ide-ide baik, buruk dan legitimasi sebagai upaya untuk menjelaskan tingkah laku manusia, khususnya tingkah laku aparaturnya penegak hukum.

---

<sup>44</sup> Op. Cit. H.L.A. Hart, *Konsep Hukum*, ....., 1991. Hal. 28

**Skema. 02. Internalisasi Prinsip Moral dalam Hukum Menurut Konsep H.L.A. Hart**



\*(Skema. 02)

Pengertian hukum yang memadai seharusnya tidak hanya memandang hukum itu sebagai suatu perangkat kaidah dan azas-azas

yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat, tetapi harus pula mencakup lembaga (*institutions*) dan proses (*process*) yang diperlukan untuk mewujudkan hukum dalam kenyataan.<sup>45</sup>

Lembaga dibutuhkan sebagai alat Legitimasi hukum, ini dimaksudkan untuk validitas hukum tersebut, agar dapat menjadi petunjuk kepada masyarakat dalam penerimaan mereka terhadap hukum ini. Hal ini mengingat legitimasi ini menyangkut kepercayaan masyarakat dan seterusnya kepercayaan ini akan menjadi pertimbangan, apakah seseorang akan melanggar hukum atau akan mematuhi hukum.

Dari kenyataan ini disadari, adanya suatu ruang yang absah bagi masuknya suatu proses politik melalui wadah institusi politik untuk terbentuknya suatu produk hukum. Sehubungan dengan itu, ada dua kata kunci yang akan diteliti lebih jauh tentang pengaruh kekuasaan dalam hukum yakni mencakup kata "*process*" dan kata "*institutions*," dalam mewujudkan suatu peraturan perundang-undangan sebagai produk politik. Pengaruh itu akan semakin nampak pada produk peraturan perundangundang oleh suatu institusi politik yang sangat dipengaruhi oleh kekuatan-kekuatan politik yang besar dalam institusi politik.

Peneliti mengakui terdapat kegelidsahan yang sama dengan apa yang dirasakan oleh pemikir ilmu hukum Indonesia tentang determinasi paradigma positivism hukum di Indonesia seperti, Anton F.

---

<sup>45</sup>Mieke Komar, at al., Mochtar Kusumaatmadja: *Pendidik dan Negarawan, Kumpulan Karya Tulis Menghormati 70 Tahun Prof. DR. Mochtar Kusumaatmadja, SH, LLM*, Alumni, Bandung, 1999: 91.

Susanto, Satjipto Rahardjo, Widodo Dwi Putro dan “pengkritik” yang lain. Namun penelitian ini akan melakukan kritik melalui paradigma yang tentunya berbeda dengan tokoh sebelumnya, yaitu dengan melakukan kritik paradigma positivisme ilmu hukum yang berfokus pada konsep moralitas H.L.A. Hart melalui metode kritis dengan menggunakan paradigma *profetik* dalam konsepsi Piagam Madinah.

Selanjutnya penggunaan kata “paradigma” dalam penelitian ini apabila merujuk pada pengertian paradigma dalam pandangan Thomas Kuhn dalam bukunya “*The Structure of Science Revolution*” adalah:<sup>46</sup>

Paradigma yang merupakan elemen primer dalam progress Sains. Dalam “*The structure of Science Revolution*”, Kuhn menggunakan paradigma dalam dua pengertian. Di satu pihak paradigma berarti keseluruhan konstelasi kepercayaan atau postulat, nilai, teknik yang dimiliki bersama oleh anggota masyarakat ilmiah tertentu. Di pihak lain paradigma menunjukan sejenis unsur dalam konstelasi itu dan pemecahan teka-teki yang kongkrit yang jika digunakan sebagai model, pola, atau contoh dapat menggantikan kaidah-kaidah yang eksplisit sebagai dasar bagi pemecahan permasalahan dan teka-teki normal sains yang masih tersisa. Paradigma merupakan suatu keputusan yudikatif dalam hukum yang tidak tertulis.

Secara singkat pengertian paradigma adalah Keseluruhan konstelasi kepercayaan, nilai dan teknik yang dimiliki suatu komunitas ilmiah dalam memandang sesuatu (fenomena). Paradigma membantu merumuskan tentang apa yang harus dipelajari, persoalan apa yang

---

<sup>46</sup> Aan Najib. Makalah, *Paradigma Dan Revolusi Sains: Telaah Atas Konsep Pemikiran Thomas Samuel Kuhn dan Implikasinya dalam Wacana Pendidikan*, 29 Agustus 2010.

harus dijawab dan aturan apa yang harus diikuti dalam menginterpretasikan jawaban yang diperoleh.

Heddy Shri Ahimsa mendefinisikan paradigma sebagai “seperangkat konsep yang berhubungan satu sama lain secara logis membentuk sebuah kerangka pemikiran yang berfungsi untuk memahami, menafsirkan dan menjelaskan kenyataan dan/ atau masalah yang dihadapi”. Berikut adalah penjelasan frasa-frasa dalam definisi ini:<sup>47</sup>

“Seperangkat konsep yang berhubungan satu sama lain secara logis membentuk suatu kerangka pemikiran.....”.

“Kata ‘seperangkat’ menunjukkan bahwa paradigma memiliki sejumlah unsur-unsur, tidak hanya satu unsur. Unsur-unsur ini adalah konsep-konsep. Konsep adalah istilah atau kata yang diberi makna tertentu. Oleh karena itu, sebuah paradigma juga merupakan kumpulan makna-makna, kumpulan pengertian-pengertian. Kumpulan konsep-konsep ini merupakan sebuah kesatuan atau “postulat”.

Relasi antar unsur dalam paradigma berada pada tataran logika, pada tataran pemikiran, sedang relasi antar unsur pada perangkat pakaian dan gamelan berada pada tataran fungsi, atau bersifat fungsional. Selanjutnya, karena makna dan hubungan antar-makna ini adanya dalam pikiran, maka kumpulan konsep yang membentuk kerangka itu disebut juga sebagai kerangka pemikiran.

“.....yang berfungsi untuk memahami dan menjelaskan kenyataan dan/atau masalah yang dihadapi“.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Dalam Makalah sarasehan, Heddy Shri Ahimsa, makalah kuliah umum; *Paradigma Ilmu Sosial-Budaya ( Sebuah Pandangan)*, Yogyakarta: Fakultas Ilmu Budaya UGM, 2011

<sup>48</sup> Ibid.

Dengan kata lain, penggunaan kata paradigma dalam penelitian ini lebih mengacu pada kata “pustulat” yang terdiri dari unsur-unsur atau konsep-konsep yang ditempelkan makna tertentu dan memiliki relasi makna antara satu dengan yang lain. Disebabkan konsep-konsep ini berhubungan secara logis, yakni secara paradigmatic, syntagmatic, metonymic dan metaphoric sehingga dapat dikatakan sebagai “seperangkat konsep“, seperti halnya peralatan pada orkestra gamelan atau unsur-unsur pada pakaian, yang membentuk seperangkat gamelan dan seperangkat pakaian. Tentu, relasi-relasi pada gejala-gejala empiris ini tidak sama dengan relasi-relasi antarunsur dalam paradigma.

Lebih lanjut lagi, pendekonstruksian paradigma hukum positif dalam penelitian ini dimaksudkan sebagai kritik terhadap dominasi nalar barat dalam sistem hukum Indonesia. Nalar barat telah melakukan penafikan terhadap nalar-nalar lain, akibatnya sisten hukum lokal tidak berfungsi dengan baik. Dekonstruksi akan dapat digunakan untuk menghancurkan konsep logosentrisme dan fonosentrisme dalam paradigma hukum positif, dalam konteks penelitian ini akan melakukan kritik terhadap konsep moralitas H.L.A. Hart dalam ilmu hukum.

## **2. Rumusan Masalah**

Setelah mengetahui dan memahami latar belakang di atas, maka dapat dirumuskan beberapa pokok masalah yang akan dibahas, rumusan masalah dalam tesis ini, yaitu:

- a. Bagaimanakah asumsi-asumsi dasar dari basis epistemologis moralitas hukum serta basis legalitas hukum dalam konsep H.L.A Hart tentang moral dan hukum?; dan
- b. Bagaimanakah asumsi-asumsi dasar dari basis epistemologis moralitas hukum dan legalitas hukum Piagam Madinah dalam melakukan kritik terhadap basis moralitas hukum dalam konsep H.L.A. Hart?

### **3. Originalitas Penelitian**

- a. Penelitian yang dilakukan oleh Dr. Arif Setiawan, S.H., M.H. dengan judul “Menggagas Ilmu Hukum Berparadigma Profetik Sebagai Landasan Pendidikan Hukum”, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2011. Dalam penelitian ini sebagai upaya unruk: a) Menggali, menemukan dan membangun ilmu hukum berbasis pada Paradigm Profetik; dan b) Membangun kemungkinan pendidikan hukum yang berbasis pada Paradigm Profetik.
- b. Penelitian bersama yang dilakukan oleh Dr. M. Syamsudin, S.H.,M.H., Prof. Jawahir Thontowi, S.H., Ph.D. dan Bambang Sutiyoso dengan judul “Ilmu Hukum Profetik”, yang diterbitkan oleh Pusat Studi Hukum (PSH) FH UII, 2013. Dalam penelitian ini mencoba menawarkan gagasan tentang perlunya pengembangan ilmu hukum yang berparadigma profetik sebagai alternatif kajian



ilmu hukum di tengah-tengah situasi transisi dan krisis epistemologi dalam keilmuan, terutama dalam ilmu hukum.

Pada penelitian ini, peneliti mencoba menyusun konsep Paradigma Profetik untuk melakukan kritik terhadap konsep moralitas H.L.A. Hart dalam ilmu hukum berparadigma rasional melalui pendekatan konsep Piagam Madinah berparadigma profetik. Variabel yang dibahas oleh peneliti dalam proses membangun kritik terhadap konsep moralitas H.L.A. Hart dalam Paradigma Rasional melalui pendekatan Piagam Madinah berfokus pada; a) mengurai asumsi-asumsi dasar moralitas yang menjadi dasar dari basis epistemologis konsep moralitas hukum serta basis legalitas hukum dalam konsep H.L.A Hart tentang moral dan hukum; b) asumsi-asumsi dasar dari basis epistemologis moralitas hukum dan legalitas hukum Piagam Madinah dalam melakukan kritik terhadap basis moralitas hukum dalam konsep H.L.A. Hart; dan c) melakukan upaya kritik terhadap konsep moralitas hukum H.L.A. Hart dalam Paradigma Rasional melalui pendekatan konsep moralitas Piagam Madinah dalam Paradigma Profetik.

## **B. TUJUAN, MANFAAT DAN ROADMAP PENELITIAN**

### **1. Tujuan Penelitian**

- a. Untuk mengetahui asumsi-asumsi dasar moralitas yang menjadi dasar dari basis epistemologis konsep moralitas hukum serta basis

legalitas hukum dalam konsep H.L.A Hart tentang moral dan hukum;

- b. Untuk mengetahui asumsi-asumsi dasar dari basis epistemologis moralitas hukum dan legalitas hukum Piagam Madinah dalam melakukan kritik terhadap basis moralitas hukum dalam konsep H.L.A. Hart; dan
- c. Upaya melakukan kritik terhadap konsep moralitas hukum H.L.A. Hart dalam Paradigma Rasional melalui pendekatan konsep moralitas hukum Piagam Madinah dalam Paradigma Profetik.

## **2. Manfaat Penelitian**

### **a. Manfaat Teoritis**

- 1) Dapat mengetahui asumsi-asumsi dasar moralitas yang menjadi dasar dari basis epistemologis konsep moralitas hukum serta basis legalitas hukum dalam konsep H.L.A Hart tentang moral dan hukum.
- 2) Dapat mengetahui asumsi-asumsi dasar dari basis epistemologis moralitas hukum dan legalitas hukum Piagam Madinah dalam melakukan kritik terhadap basis moralitas hukum dalam konsep H.L.A. Hart; dan
- 3) Dapat memberikan sumbangan pemikiran bagi aliran ilmu hukum kritis yang selama ini menjadi wacana dari ilmu hukum kontemporer.

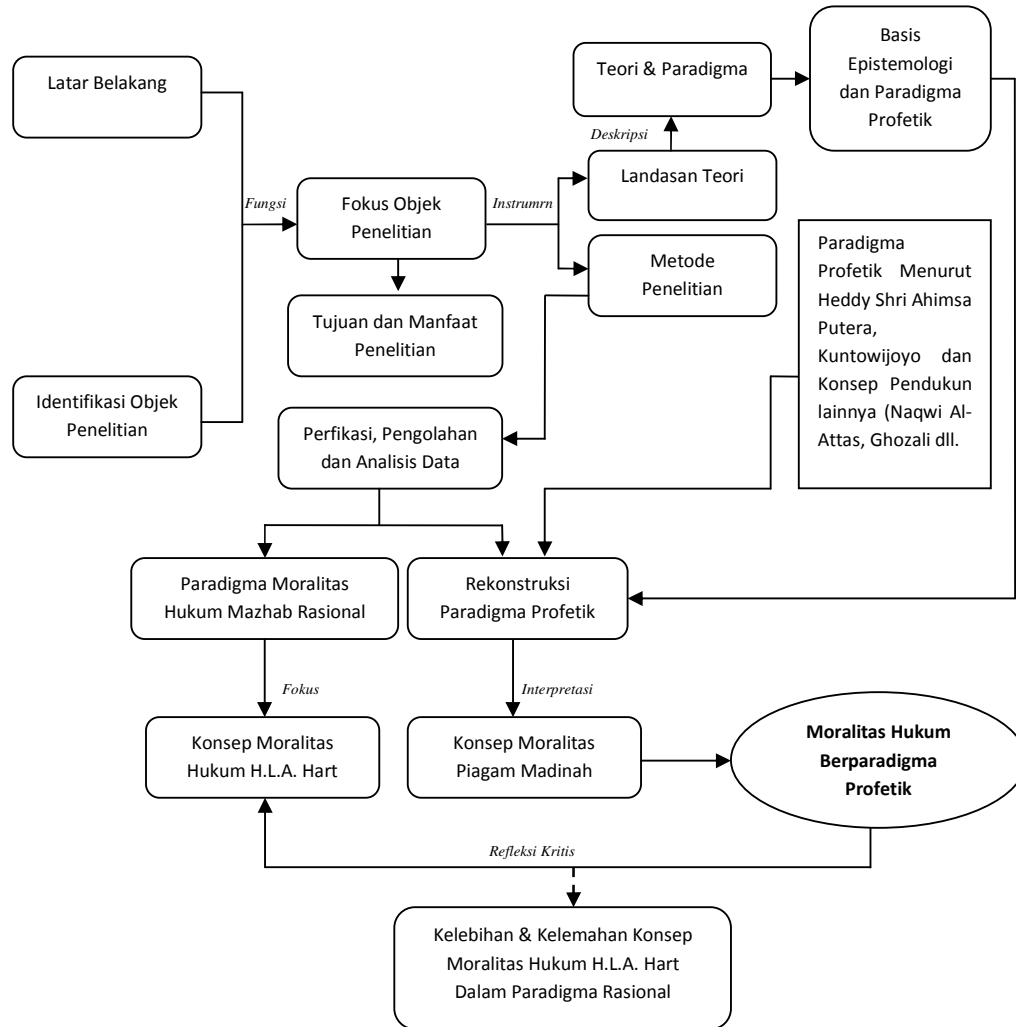
b. Manfaat Praktis

- 1) Mengetahui asumsi-asumsi dasar sumber moralitas yang menjadi dasar dari basis epistemologis konsep moralitas hukum serta basis legalitas hukum dalam konsep H.L.A Hart tentang moralitas hukum.
- 2) Terdapat tawaran baru tentang paradigm moralitas hukum berbasis profetik melalui konsep Piagam Madinah; dan
- 3) Sebagai wahana untuk mengembangkan penalaran, membentuk pola pikir dinamis, sekaligus mengetahui kemampuan penulis dalam menerapkan ilmu yang diperoleh selama melakukan studi di Jurusan Ilmu Hukum Program Pascasarjana UMS.

### 3. Roadmap Penelitian

Penelitian ini diawali dari upaya untuk menemukan basis paradigma moralitas hukum H.L.A. Hart serta mengkontruksi paradigma profetik dalam ilmu hukum, dengan menggunakan perspektif basis epistemologi yang dikembangkan oleh Heddy Shri Ahimsa Putera. Paradigma profetik berhubungan erat dengan diskusi teoritik perkembangan filsafat ilmu yang kemudian mulai melirik kembali spiritualisme atau domain transendental sebagai salah satu kajiannya. Basis epistemologi yang dikembangkan oleh Heddy akan diinterpretasikan dalam upaya menemukan paradigma yang terdapat dalam piagam madinah.

Moralitas dan hukum selalu memunculkan perdebatan yang tak pernah usai diantara kalangan penggiat ilmu hukum, baik dalam level filosofis, teoritis, hingga praksis. Sehingga siapapun yang terlibat dan melibatkan diri dalam perdebatan moral dan hukum, maka hampir dipastikan akan membahas konsep moral H.L.A. Hart (salah satu tokoh mazhab positivisme hukum). Penelitian ini berupaya menampilkan perspektif lain dari sekian banyak perspektif mengenai hubungan hukum dan moral. Konsep moralitas hukum H.L.A. Hart dan Piagam Madinah akan ditampilkan dari asumsi-asumsi dasar secara ontologis, epistemologis dan aksiologis. Secara skematis kerangka penelitian pada tesis ini dapat dilihat pada skema 03 di bawah ini:

**Skema. 03. Roadmap Penelitian**

\*(Skema.03)

Berdasarkan kerangka di atas, maka penelitian ini hendak memfokuskan kajiannya untuk melakukan refleksi kritis terhadap konsep moralitas hukum H.L.A. Hart dalam paradigma rasional, guna memahami berbagai kelebihan serta kelemahan yang terdapat dalam konsep, asumsi-asumsi dasar yang digunakan. Selanjutnya asumsi-asumsi dasar moralitas hukum dan legalitas hukum Piagam Madinah

akan dijadikan instrument untuk melakukan analisis kritis terhadap asumsi-asumsi dasar moralitas hukum serta basis legalitas hukum dalam konsep H.L.A Hart dalam paradigma rasional.

Berdasarkan fokus studi yang demikian, maka yang menjadi pokok masalah dalam penelitian ini adalah: (1). Bagaimanakah asumsi-asumsi dasar dari basis epistemologis moralitas hukum serta basis legalitas hukum dalam konsep H.L.A Hart tentang moral dan hukum dalam paradigma rasional? (2). Bagaimanakah basis etos/nilai moralitas hukum dan legalitas hukum Piagam Madinah dalam melakukan kritik terhadap basis moralitas hukum dalam konsep H.L.A. Hart dalam paradigma rasional? Meliputi; a) Asumsi-asumsi dasar Paradigma Profetik dalam Ilmu hukum yang diinterpretasikan ke dalam Piagam Madinah, b) Kritik terhadap konsep moralitas hukum H.L.A. Hart bila dilihat dari asumsi-asumsi dasar basis epistemologis yang digunakan. Selanjutnya, keseluruhan rumusan masalah ini akan difokuskan pada kajian tentang elemen-elemen paradigma yang menjadi basis epistemologinya, yaitu: (i) asumsi-asumsi dasar; dan (ii) nilai-nilai / etos.<sup>49</sup>

Dengan mendasarkan kajian pada paradigma baru dalam ilmu hukum tersebut, peneliti menentukan fokus penelitiannya yaitu: asumsi ontologi, asumsi tentang manusia, asumsi dasar epistemologi dan asumsi dasar aksiologi dari ilmu hukum nonsistematik. Peneliti juga

---

<sup>49</sup>Heddy Shri Ahimsa Putra, *Paradigma, Epistemologi dan Etnografi dalam Antropologi*, ....Op. Cit, 2011. Hal. 19.

menentukan teori dan metode yang akan dipergunakan untuk mengkritisi asumsi-asumsi dasar yang akan ditemukan.

Langkah selanjutnya yang akan dilakukan adalah mengeksplorasi teori-teori yang akan digunakan. Teori-teori tersebut direkat dengan menggunakan konsep paradigma dan basis epistemologi profetik Heddy Shri Ahimsa Putera, dan berbagai diskusi teoritik mazhab-mazhab filsafat Hukum mulai dari Mazhab hukum Kodrat, Mazhab Hukum Positivisme, Mazhab Hukum Historis, serta *Critical Legal Study*.

Setelah tersusun dalam suatu bangunan teoritis dan diketahui ikhtisar bangunan filosofisnya, maka tahapan berikutnya adalah dilakukan pencarian data sesuai dengan rumusan-rumusan masalah yang telah ditetapkan. Pencarian dan pengolahan data ini dilakukan melalui empat tahapan yaitu:

- a) Akan dilakukan pencarian, pengolahan dan analisis

Pencarian, pengolahan dan analisis data ini dilakukan melalui empat tahapan, yaitu: (i) Akan dilakukan pencarian, pengolahan dan analisis data untuk menjawab rumusan masalah yang pertama, yaitu tentang asumsi dasar dari basis epistemologi Konsep Moralitas hukum dan basis legalitasnya. Untuk menjawab rumusan masalah ini akan dikumpulkan dan diolah data yang bersumber dari konsep-konsep dan pendapat-pendapat filosof yang membahas tentang moral, terutama ara tokoh penggagas aliran

positivisme hukum dan terlebih khusus konsep moral H.L.A. Hart dalam paradigma rasional.

Keseluruhan data yang kemudian menjadi bagian yang tak terpisahkan dalam konsep moralitas hukum H.L.A Hart dalam paradigma rasional. Selanjut akan dikonstruksi dengan konsep basis epistemologi dari Heddy Shri Ahimsa Putra dan Kuntowijoyo, sehingga pada tahap akhirnya akan ditemukan asumsi-asumsi dasar dari basis epistemologi konsep moralitas hukum H.L.A. Hart dalam paradigma rasional yang merupakan dari aliran positivisme hukum.

- b) Akan dilakukan pencarian, pengolahan dan analisis data tentang asumsi-asumsi dasar dari basis epistemologi paradigma profetik yang didasarkan pada pandangan Heddy Shri Ahimsa Putera.

Pada tahapan ini, akan dikumpulkan dan diolah data yang bersumber dari : (i) Al-Qur'an dan Hadits, dan penafsiran-penafsiran yang relevan untuk menjawab persoalan ini, (ii). Paradigma profetik Kuntowijoyo yang juga dilengkapi oleh Heddy Shri Ahimsa Putera, dibantu dengan pandangan Muhammad Iqbal, Armahedi Mahzar dan Toshihiko Izutsu yang juga dirujuk oleh Kuntowijoyo dalam paradigma ilmu sosial profetik, juga konsep-konsep yang memungkinkan penjelasan lebih mendalam seperti konsepsi integrasi filsafat dan sains Syed Naquib Al-Attas, Mehdi Golshani, dan Imam Ghazali.



- c) Melakukan upaya interpretasi secara paradigmatis terhadap konsep Piagam Madinah dengan menyandarkan pada basis epistemologi pada tahapan [b].

Diharapkan dalam proses ini ditemukan asumsi-asumsi dasar dan nilai-nilai ada basis epistemologi dari Piagam Madinah sehingga dapat digunakan untuk melakukan analisis kritis terhadap konsep moralitas hukum H.L.A. Hart dalam paradigma rasional.

- d) Akan dilakukan refleksi kritis terhadap basis epistemologi konsep moralitas hukum H.L.A. Hart (hasil analisis tahapan [a]) dalam paradigma rasional, dengan mendasarkan pada basis epistemologi paradigma Piagam Madinah (hasil analisis tahapan [c]) yang merupakan hasil interpretasi secara paradigmatis oleh Paradigma profetik (hasil tahapan [b]). Dengan bekerjanya proses ini diharapkan selain akan diketahui kesamaan-kesamaan dan perbedaan-perbedaan antara basis epistemologi dari konsep moralitas hukum H.L.A. Hart dalam paradigma rasional dengan paradigma profetik, serta Piagam Madinah, juga akan dapat diketahui kelemahan-kelemahan dan keunggulan-keunggulan basis epistemologi dari konsep moralitas hukum H.L.A. Hart dalam paradigma rasional.

Berdasarkan keseluruhan tahapan diatas, maka pada tahap akhirnya akan ditemukan kelemahan dan keunggulan dalam asumsi dasar basis epistemologi konsep moralitas hukum H.L.A. Hart dalam paradigma rasional, dan pada saat yang bersamaan juga

ditemukan paradigma profetik dalam konsep Piagam Madinah dalam ilmu hukum sebagai bagian penting pada penelitian ini.

### C. LANDASAN TEORI

1. Paradigma Thomas Kuhn, Menurutnya, paradigma adalah satu kerangka referensi atau pandangan dunia yang menjadi dasar keyakinan atau pijakan suatu teori. Dan perubahan paradigma dalam ilmu, dan menurutnya disiplin ilmu lahir sebagai proses revolusi paradigma. Bisa jadi, suatu pandangan teori ditumbangkan oleh pandangan teori yang baru yang mengikutinya. Walaupun pada kenyataannya Kuhn memang tidak memberikan definisi tunggal yang tegas, jelas dan konsisten tentang makna paradigma. Namun, makna-makna paradigma yang digunakannya dapat ditafsirkan sebagai pandangan Kuhn tentang apa yang tercakup dalam paradigma.
2. Prinsip-prinsip dasar al-Qur'an dan logika *paripatetik* dalam filsafat ilmu Al-Ghazali. Secara konseptual, sistem filsafat Ghazali dapat dimanfaatkan dalam pengembangan filsafat ilmu dan pemikiran Islam dengan menepis efek-efek negatifnya. Ghazali melihat bahwa ilmu-ilmu faktual (partukular) pada dasarnya bersifat objektif dan netral (bebas nilai), tetapi ilmu bukanlah tujuan, melainkan alat untuk kemajuan dan kebahagiaan manusia, dan tidak ada sesuatu pun dalam realitas empirik yang bebas konteks. Karena itu, Ghazali mengajukan konsep aksiologinya berupa prinsip-prinsip penerapan ilmu dalam praksis dan strategi pengembangannya. Pada tahapan

epistemologinya, Ghazali mengajukan konsep kebenaran korespondensial sekaligus kebenaran koherensial sebatas kebenaran formal-rasional, dan menolak kebenaran pragmatis dan yang serupa dalam dimensi epistemologi tentang fakta.

Ghazali meyakini, kebenaran ilmu-ilmu inferensial pada dasarnya *probable*, *tentatif*, dan *testable*, yakni harus diuji secara kritis berdasarkan kriteria tertentu. Ghazali menunjukkan 3 (tiga) model klasifikasi ilmu; model epistemologis yang berorientasi pada sumber ilmu dan cara memperolehnya, serta aksiologi yang berorientasi pada fungsi dan tujuan dari ilmu.

3. Kuntowijoyo menawarkan pengilmuan Islam dengan alasan bahwa kita perlu memahami Al-Qur'an sebagai paradigma yang berarti memungkinkan kita untuk memahami realitas sebagaimana Al-Qur'an memahaminya. Ini bertujuan agar kita memiliki hikmah yang atas dasarnya dapat dibentuk perilaku yang sejalan dengan norma al-Qur'an baik dilevel moral maupun sosial. Sehingga paradigm Islam bisa memberikan wawasan aksiologis dan sekaligus berfungsi sebagai wawasan epistemologis.

Pengilmuan Islam menggunakan metode integralisasi sebagai jawaban atas sekularisme. Ilmu integralistik menyatukan (bukan sekedar menggabungkan) wahyu Tuhan dan dan temuan pikir manusia yang tidak akan mengucilkan Tuhan atau mengucilkan manusia.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Kuntowijoyo, 2007, *Islam Sebagai Ilmu*, Yogyakarta: Tiara Wacana, 2007. Hal. 53

Kuntowijoyo menambahkan, jika dalam bagian konseptual kita dikenalkan dengan pelbagai *ideal-type* tentang konsep-konsep, maka dalam bagian yang berisi kisah dan amtsal kita diajak untuk mengenali *arche-type* tentang kondisi-kondisi universal. Maka terhadap *ideal-type* al-Qur'an itu digunakanlah pendekatan sintetik. Sementara untuk *arche-type* al-Qur'an, maka digunakanlah pendekatan analitik. Melalui pendekatan sintetik, menurut Kuntowijoyo, kita melakukan subjektivikasi terhadap ajaran-ajaran keagamaan dalam rangka mengembangkan perspektif etik dan moral individual, sementara analisis terhadap pernyataan-pernyataan al-Qur'an akan menghasilkan konstruk-konstruk teoritis Al-Qur'an. Elaborasi terhadap konstruk-konstruk teoritis al-Qur'an inilah yang pada akhirnya merupakan kegiatan *Qur'anic theory building*, yaitu perumusan teori al-Qur'an.<sup>51</sup> Dan dari situlah muncul paradigma al-Qur'an, atau yang lebih umum lagi, paradigma Islam.

4. Epistemologi Paradigma Profetik dari Prof. Heddy Shri Ahimsa Putera, menjelaskan unsur-unsur sebuah paradigma (kerangka berpikir) ada 9 unsur, baik yang eksplisit maupun implisit. Kesembilan unsur tersebut adalah: a). Asumsi dasar (*basic assumptions*); b). Nilai-nilai (*value/ethos*); c). Model (*analogy*; perumpamaan;gambaran); d). Masalah yang diteliti (*problems*); e). Konsep-konsep (*concepts, keywords*); f). Metode penelitian (*methods*

---

<sup>51</sup> Kuntowijoyo, *Paradigma Islam: Interpretasi untuk Aksi*, Bandung: Mizan, 1991. Hal. 330

*of research*); g). Metode analisis (*methods of analysis*); h). Teori (*theory*); dan i). Representasi (*representataion*).

Unsur-unsur implisit berada pada tataran unconscious (nirsadar) dan tidak bisa dinyatakan atau diketahui. Yang termasuk dalam unsur implisit ini adalah asumsi dasar (*basic assumptions*), nilai-nilai (*value/ethos*) dan model (*analogy*; perumpamaan; gambaran). Unsur-unsur tersebut menurutnya harus bisa dibuat eksplisit yang berarti pula unsur-unsur tersebut harus bisa ditelaah secara kritis, dapat diketahui kelebihan dan kekurangannya serta dapat diketahui kelogisannya.

5. Teori agama (*din*) Syed Muhammad Naquib Al-Attas. Naqwib menawarkan sebuah definisi agama berdasarkan pada penanda *din*. Definisi ini merupakan suatu yang asli baru pertama kali dibuat olehnya. Disebabkan penanda atau kosa kata kunci dalam pandangan-dunia Islam berputar dalam jaringan semantik yang berdasarkan akar kata, definisi tersebut memang merupakan aplikasi Al-Attas terhadap prinsip tersebut. Definisi tersebut diberikan juga dengan pertimbangan bahwa definisi agama dari peradaban Barat – yakni, *religion* – tidak sama dengan apa yang ada dalam Islam.

Penanda *din*, menurutnya, dapat dipadatkan menjadi 4 (empat) makna utama yaitu, (1) keberhutangan; (2) ketundukan; (3) kekuatan hukum; (4) kehendak hati atau kecenderungan alamiah. Ia lebih lanjut mengatakan bahwa kata kerja *dana* yang diturunkan dari *dīn* mengandung makna sedang berhutang, termasuk

berbagai makna lain yang berhubungan dengan hutang, beberapa dari mereka berlawanan. di bawah kewajiban, atau *dayn*. Menurut Al-Attas, hutang dan merupakan kewajiban secara alamiah melibatkan pengadilan: *daynunnah*, dan kesaksian: *idanah*, sebagaimana kasus tersebut. Semua penanda di atas termasuk lawan mereka yang inheren dalam *dana* hanya mungkin dipraktekkan dalam masyarakat terorganisir yang terlibat dalam kehidupan niaga di kota, yang ditunjuk dengan *mudun* atau *mada'in*. Sebuah kota atau kota besar, *madinah*, memiliki hakim, pengatur, atau pengelola, seorang *dayyan*. Jadi sudah ada di sini dalam berbagai penggunaannya dari kata kerja *dana*, kita melihat hadir di depan mata pikiran kita sebuah gambar kehidupan yang beradab; akan kehidupan sosial, akan hukum, tatanan, keadilan, dan otoritas.

6. Teori kritik (*evaluatif*). Aliran ini memang belum bisa dikatakan sebagai paradigma sepenuhnya, akan tetapi lebih dekat untuk dikatakan *ideologically oriented inquiry*: suatu wacana atau cara pandang terhadap realitas yang mempunyai orientasi ideologis terhadap paham tertentu. Paham ontologisnya *adalah historis realism*, paham ini sama dengan post-positivisme yang menilai objek atau realitas secara kritis yang tidak dapat dilihat secara benar oleh pengamatan manusia karena merupakan realitas sejarah harus dipahami secara mendalam. Makanya secara metodologis memilih *dialogic and dialectical*, paham ini menganjurkan teknik dialog dengan

transformasi untuk menemukan kebenaran realitas yang hakiki. Secara epistemologis: *transactional* dan *objektivist*, hubungan antara pengamat dan realitas sosial yang diteliti tidak dapat dipisahkan. Oleh karena itu aliran ini menekankan aspek subjektivitas dalam menemukan sebuah ilmu pengetahuan, karena nilai-nilai yang dianut subjek (peneliti) ikut campur dalam menentukan kebenaran.

#### **D. METODE PENELITIAN**

Untuk memecahkan masalah-masalah yang ada dalam penelitian ini adaah suatu keniscayaan menggunakan metode-metode penelitian sebagai suatu sarana untuk menyelesaikan permasalahan yang diteliti. Adapun uraian mengenai metode penelitian yang digunakan sebagai berikut:

##### **1. Metode Pendekatan**

Tesis ini mendasarkan pada pendekatan filosofis, karena dimaksudkan untuk mengeksplorasi asumsi dasar dari basis epistemilogis ilmu hukum, dengan menghubungkan ilmu hukum dengan ilmu agama, sebagai kritik terhadap fondasi filsafat pengembangan ilmu hukum, yang didukung oleh konsep moralitas hukum H.L.A Hart dalam pradigma rasional. Dengan demikian terdapat dua kegiatan utama yang akan dilakukan dalam penelitian ini.

Diantaranya adalah langkah; a) Melakukan eksplorasi dan deskripsi terhadap asumsi-asumsi dasar dari basis epistemologis konsep moralitas hukum H.L.A Hart dalam paradigma rasional; dan b)

Melakukan refleksi kritis terhadap asumsi-asumsi dasar dan nilai/etos dari basis ontologis, epistemologis dan ontologis tentang konsep moralitas hukum dalam H.L.A Hart dalam paradigma rasional, dengan mendasarkan pada asumsi dasar basis epistemologis ilmu hukum profetik yang ditemukan dalam Piagam Madinah, sehingga diketahui kelebihan dan kelemahan dari asumsi-asumsi dasar dari basis epistemologis konsep moralitas hukum f H.L.A. Hart dalam paradigma rasional.

## 2. Sumber dan Jenis Data

Sumber utama dalam penelitian ini adalah informasi yang berasal dari bahan-bahan pustaka, berupa: buku-buku, artikel dan disertasi ilmu hukum dan berbagai tulisan ilmiah yang berhubungan secara langsung dengan objek penelitian. Bahan-bahan pustaka tersebut dibedakan menjadi dua kelompok besar yaitu, bahan primer dan bahan sekunder.

### a. Bahan Primer

- 1) Al-Qur'anul Karim dan Hadits Nabi Muhammad saw.;
- 2) Piagam Madinah ; dan
- 3) Buku-buku literatur yang mengulas dan membahas pemikiran-pemikiran moralitas hukum H.L.A. Hart;
  - a. Bernard L Tanya dan Yovita A Mangesti, *Moralitas Hukum*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2014;
  - b. H.L.A. Hart, *Law Liberty and Morality (Hukum Kebebasan Dan Moralitas)*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2009;



- c. H.L.A. Hart, *The Concept of Law (Konsep Hukum)*, Bandung: Nusa Media 2010, diterjemahkan dari karta H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, (New York: Clarendon Press-Oxford, 1997).
- 4) Bangunan teori Epistemologi Paradigma Profetik dari Prof. Heddy Shri Ahimsa Putera:
  - d. Heddy Shri Ahimsa Putra, 2009, *Paradigma Ilmu Sosial-Budaya: Sebuah Pandangan*, Makalah disampaikan pada Kuliah Umum “Paradigma Penelitian Ilmu-ilmu Humaniora” diselenggarakan oleh Program Studi Linguistik, Sekolah Pascasarjana, Universitas Pendidikan Indonesia, di Bandung, 7 Desember 2009;
    - a) Heddy Shri Ahimsa Putra, 2008, *Paradigma dan Revolusi Ilmu dalam Antropologi Budaya : Sketsa Beberapa Episode*, Naskah Pidato Pengukuhan Guru Besar Pada Fakultas Ilmu Budaya Universitas Gadjah Mada Yogyakarta. Tanpa Penerbit;
    - b) Heddy Shri Ahimsa Putra, 2011, *Paradigma Profetik: Mungkinkah? Perlukah?*, Makalah disampaikan dalam “Sarasehan Profetik 2011”, diselenggarakan oleh Sekolah Pascasarjana UGM, di Yogyakarta, 10 Februari 2011; dan

- c) Heddy Shri Ahimsa Putra, 2011, *Paradigma, Epistemologi dan Etnografi dalam Antropologi*, Makalah disampaikan dalam ceramah “Perkembangan Teori dan Metode Antropologi”, diselenggarakan oleh Departemen Antropologi, Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik, Universitas Airlangga, di Surabaya, 6-7 Mei 2011.

5) Konsep Islam sebagai ilmu (Prof. Kuntowijoyo), khususnya yang membahas paradigma Ilmu dan sosial Profetik, yaitu:

- a) Kuntowijoyo, 2004, *Islam Sebagai Ilmu: Epistemologi Metodologi dan Etika*, Jakarta, Teraju;
- b) Kuntowijoyo, 1991, *Paradigma Islam: Interpretasi Untuk Aksi*, Bandung, Mizan;
- c) Kuntowijoyo, 2002, *Selamat Tinggal Mitos Selamat Datang Realitas: Esai-Esai Budaya dan Politik*;
- d) Kuntowijoyo, 2001, *Muslim Tanpa Masjid: Esai-Esai Agama, Budaya, dan Politik Dalam Bingkai Strukturalisme Transendental*, Bandung, Mizan; dan
- e) Kuntowijoyo, 1997, *Identitas Politik Umat Islam*, Bandung, Mizan.

b. Bahan Sekunder

Bahan literatur pendukung berupa buku-buku dan dokumen yang dianggap peneliti dapat membantu dalam penyusunan penelitian ini.

### 3. Metode Pengumpulan Data

Data-data yang diperlukan dalam penelitian ini, akan dikumpulkan melalui studi kepustakaan, yang dilakukan dengan tahap-tahap sebagai berikut :

Pada tahap awal, dilakukan studi kepustakaan, dengan cara menginventarisir berbagai bahan pustaka utama dan pendukung yang berkaitan penelitian yang dilakukan, dengan maksud untuk mendeskripsikan asumsi-asumsi dasar, kerangka-kerangka, perubahan-perubahan dan pengaruh-pengaruh yang terbawa dari suatu filsafat hukum terhadap aliran atau mazhab hukum lainnya.

Pada tahap kedua, dilakukan kajian secara mendalam terhadap bahan pustaka utama, dengan membandingkan dengan pustaka pendukung, untuk memperoleh gambaran lebih jelas mengenai pemikiran-pemikiran dan kerangka teoritik yang digunakan fokus penelitian. Dengan melalui tahapan ini, peneliti mendapatkan pengetahuan tentang perbedaan-perbedaan elemen yang ada dalam masing-masing bagian dari fokus permasalahan tertentu.

### 4. Metode Analisis Data

Berdasarkan data yang telah diolah, maka data-data tersebut kemudian akan dianalisis dengan cara sebagai berikut:<sup>52</sup>

- a. Analisis Deskriptif, metode ini digunakan karena penelitian ini bermaksud untuk memperoleh gambaran secara sistematis dan

---

<sup>52</sup> Kelik Wardiono, *Paradigma Profetik: Pembaharuan Basis Epistemologi dalam Ilmu Hukum di Indonesia.*, Proposal Disertasi Ilmu Hukum, disampaikan dalam Seminar Pascasarjana Fakultas Hukum, Universitas Muhammadiyah Surakarta. Hal. 58.

objektif tentang fakta-fakta, ciri-ciri, serta hubungan diantara unsur-unsur yang membentuk basis epistemologi dari sebuah paradigma. Untuk mencapai maksud di atas, maka pada tahap ini model analisis yang dilakukan dengan cara mendeskripsikan basis epistemologi dari paradigma profetik dan paradigma non-sistematik dalam ilmu hukum. Upaya untuk melakukan pendeskripsian tersebut akan dipandu oleh konsep basis epistemologi sebagai bagian dari unsur-unsur paradigma dari Heddy Shri Ahimsa Putra;

- b. Interpretasi dan hermeneutik, dua metode analisis ini dipergunakan secara simultan, karena setelah dilakukan penafsiran terhadap hasil pendeskripsian basis epistemologi paradigma profetik, dan paradigma rasional dalam ilmu hukum, maka proses analisis dilanjutkan dengan upaya menemukan makna yang terdapat dibalik hasil pendeskripsian tersebut. Proses interpretasi dan hermeneutik ini, akan dikontrol oleh metode analisis dalam perspektif *Islamic Worldview*, yakni *Tashwir* dan *Ta'sil*.

- 1) Penggunaan metode *Tashwir* ini didasarkan pada pertimbangan, bahwa dalam menafsirkan dan menemukan makna pada tahapan di atas, tidak hanya akan mempergunakan metode yang berasal dari Islam, akan tetapi juga akan memanfaatkan berbagai metode yang berasal dari filsafat barat. Untuk itu penggunaan metode-metode dari

barat ini akan dipergunakan secara kritis-selektif, dengan menjadikan Islam sebagai *basic of knowledge and science*.

- 2) Penggunaan metode *Ta'sil*, didasarkan pada pertimbangan, bahwa segala hasil analisis yang sudah dilakukan, pada tahap akhirnya akan dikembalikan dan didasarkan pada sumber ajaran Islam, yakni Al-Qur'an dan al-Sunnah dengan pemahaman yang benar, sebagaimana dicontohkan oleh Rasulullah dan generasi *tabi'in*, serta *tabi'ut tabi'indan al-sabiqun al-awwalun (al-salaf al-Salih)*. Sehingga Islam dalam konteks ini merupakan *basic of knowledge and science*.

- c. Heureustik, metode ini dipergunakan dengan maksud untuk menyusun (kembali) dasar-dasar argumentasi basis epistemologi dari paradigma profetik dalam ilmu hukum, agar dapat menjadi sebuah bangunan paradigma yang kokoh. Hal ini dilakukan dengan memeriksa kembali berbagai data-data yang telah diperoleh, ambiguitas dan ketidakkonsistenan yang terlihat, serta berbagai alternatif yang telah ditawarkan. Dengan mendasarkan pada metode yang demikian, maka pada tahap akhirnya diharapkan akan dapat ditemukan basis epistemologi paradigma profetik dalam ilmu hukum, sebagai sebuah konsep orisinal yang dapat dijadikan alternatif dalam pengembangan ilmu hukum.

Maka kerangka konseptual yang dilakukan sebagai dasar dalam pengolahan data dalam penelitian ini adalah; *pertama* dengan menjelaskan kerangka konseptual moralitas hukum dalam paradigma rasional dan moralitas hukum dalam paradigma profetik melalui pendekatan teori paradigma Thomas Kuhn dan konsep paradigma profetik Heddy Shri Ahimsa Putra; kemudia *kedua* dengan menguraikan variabel-variabel moralitas hukum H.L.A. Hart dalam Paradigma Rasional dan moralitas hukum Piagam Madinah dalam Paradigma Profetik dengan menggunakan teori Pengilmuan Islam (Kuntowijoyo), Epistemologi Paradigma Profetik (Heddy Shri Ahimsa) dan teori Prinsip-prinsip dasar al-Qur'an dan logika *paripatetik* (Al-Ghazali). Pada tahapan ini, dalam menguraikan variabel moralitas hukum, peneliti menggunakan tahapan-tahapan dalam konsep paradigma Kuhn dan Heddy yang terdiri dari; asumsi-asumsi dasar dan etos/nilai.

Pada tahapan *ketiga*, peneliti melakukan kritik terhadap asumsi-asumsi dasar dan etos/nilai yang terkandung di dalam konsep moralitas hukum H.L.A. Hart dalam Paradigma Rasional dengan menggunakan prinsip-prinsip dari konsep moralitas hukum yang terdapat dalam Piagam Madinah. Asumsi-asumsi dasar dan etos dalam prinsip-prinsip moral yang terkandung di dalam Piagam Madinah diperjelas oleh peneliti dengan menggunakan teori *religion* (Al-Attas/dalam Prolegmena) dan *paripatetik* (Al-Ghazali). Instrumen

dalam melakukan model kritik pada tahapan diatas, peneliti menggunakan Teori kritik (*evaluatif*).

## **E. SISTEMATIKA PENELITIAN**

PARADIGMA PROFETIK (Kritik Paradigma Rasional Berdasarkan Piagam Madinah Atas Konsep Moralitas Hukum H.L.A. Hart), yang dibagi dalam 5 Bab. Latar belakang pemilihan topik kajian ini disebabkan akibat terjadinya anomali-anomali paradigma moralitas dalam hukum nasional yang diakibatkan oleh penerapan paradigma hukum positif yang akhirnya menjadi kontraproduktif dengan cita-cita hukum nasional, maka dalam penelitian ini mencoba melakukan dekonstruksi paradigma hukum. Maka penelitian pada tesis ini akan disistematisasi sebagai berikut:

### **Bab. I. A. Pendahuluan**

1. Latar Belakang Masalah;
2. Perumusan Masalah; dan
3. Posisioning

### **B. Tujuan, Manfaat dan Roadmap Penelitian**

1. Tujuan Penelitian;
2. Manfaat Penelitian; dan
3. Roadmap Penelitian

### **C. Landasan Teori;**

### **D. Metode Penelitian**

1. Metode Pendekatan ;
2. Sumber dan Jenis Data;

3. Metode Pengumpulan Data; dan

4. Metode Analisis Data.

E. Sistematika Penelitian

## Bab. II. Moralitas Hukum

A. Paradigma

1. Paradigma Positivisme

2. Paradigma Profetik

B. Basis Epistemologi

1. Basis Epistemiligi Positivisme Hukum

2. Basis Epistemologi Hukum Berparadigma Profetik

C. Basis Epistemologi Moralitas Hukum

1. Perspektif H.L.A. Hart

2. Perspektif Piagam Madinah

D. Moralitas Hukum Dalam Pandangan Mazhab Ilmu Hukum

1. Mazhab Hukum Alam

2. Mazhab Hukum Positif

3. Mazhab Sejarah

4. Mazhab Hukum Kritis

5. Mazhab Hukum Berparadigma Profetik

## Bab. III Pembahasan

A. Asumsi Dasar;

1. Asumsi Dasar Konsep Moralitas H.L.A. Hart;



2. Asumsi Dasar Konsep Moralitas Dalam Piagam Madinah;  
dan

3. Hukum Berparadigma Profetik Sebuah Metodologi Kritis.

B. Konsep Manusia Profetik (*Homos Profeticus*)

C. Studi Kritis Konsep Moralitas Hukum dalam Piagam Madinah  
Terhadap Konsep Moralitas Hukum H.L.A Hart.

#### Bab. IV. Analisis dan Kritik

1. Konsep Moralitas Hukum H.L.A. Hart Berdasarkan Paradigma Rasional

a. Asumsi Dasar Moralitas Hukum dalam Konsep H.L.A. Hart

- 1) Asumsi Ontologis;
- 2) Asumsi Epistemologis; dan
- 3) Asumsi Aksiologis

b. Nilai/Etos Moralitas Hukum dalam Konsep H.L.A. Hart

- 1) Nilai Ontologis;
- 2) Nilai Epistemologis; dan
- 3) Nilai Aksiologis

2. Konsep Moralitas Hukum Piagam Madinah Berdasarkan Paradigma Profetik

a. Asumsi Dasar Moralitas Hukum dalam Piagam Madinah

- 1) Asumsi Ontologis;
- 2) Asumsi Epistemologis; dan
- 3) Asumsi Aksiologis

b. Nilai/Etos Moralitas Hukum dalam Piagam Madinah

- 1) Nilai Ontologis;
  - 2) Nilai Epistemologis; dan
  - 3) Nilai Aksiologis
3. Kritik Konsep Moralitas Piagam Madinah Atas Konsep Moralitas Hukum H.L.A. Hart berdasarkan Paradigma Rasional
    - a. Kritik Asumsi Dasar Konsep Moralitas Piagam Madinah Atas Konsep Moralitas H.L.A. Hart
    - b. Kritik Nilai/Etos Konsep Moralitas Piagam Madinah Atas Konsep Moralitas H.L.A. Hart

#### Bab. V Penutup

1. Kesimpulan; dan
2. Rekomendasi

#### Daftar Pustaka